

「公の支配」の意義と射程：憲法八九条後段の今日的意義をめぐって

著者	尾形 健
雑誌名	甲南法学
巻	45
号	1・2
ページ	83-207
発行年	2004-12-20
URL	http://doi.org/10.14990/00000594

「公の支配」の意義と射程

—憲法八九条後段の今日的意義をめぐって

尾 形 健

目次

はじめに

1 問題の所在

2 本稿の視座

I 「慈善」・「博愛」事業と公金支出規制—社会福祉行政の展開と憲法八九条後段

1 終戦期における社会福祉行政の基本方針

2 憲法八九条下における公金支出規制

3 近時の改革動向

4 小括—憲法八九条後段解釈の在り処

II 憲法制定時における憲法八九条後段理解

説

1 マッカーサー草案起草時のGHQの見解

2 憲法制定時における日本側の理解(1)――枢密院審議から

論

3 憲法制定時における日本側の理解(2)――憲法制定議会審議から

4 小括――憲法八九条後段の立法趣旨

Ⅲ 憲法八九条後段解釈の展開

1 法制意見における憲法八九条後段解釈

2 学説・裁判例における憲法八九条後段解釈

3 「公の支配」の意義と射程

Ⅳ 憲法八九条後段の今日的意義

1 供給主体の多元化と憲法八九条後段

2 「市民社会」の維持発展と憲法八九条後段

むすびにかえて

はじめに

1 問題の所在

(1) 憲法八十九条後段という「問題」

憲法八十九条は、「公金その他の公の財産は、宗教上の組織若しくは団体の使用、便益若しくは維持のため、又は公の支配に属しない慈善、教育若しくは博愛の事業に対し、これを支出し、又はその利用に供してはならない」と規定する。本条前段については、一般に、「宗教上の組織若しくは団体」への公金支出等を禁止することにより、政教分離の原則を財政面から保障することを目的とするもの、と解されている⁽¹⁾（なお参照、最大判昭五二・七・一三民集三一巻四号五三三頁、最大判平九・四・二民集五一巻四号一六七三頁）。けれども、本条後段については、文言自体に欠陥があることの指摘や、⁽²⁾そもそも比較憲法的にみても、本条後段のような制約を明文化した憲法がめずらしいとされていること⁽³⁾もあつてか、その趣旨や文言をめぐり、これまで様々な解釈がなされてきた。

また、本条後段については、学説において、立法論として再検討を要するとの指摘も、かねてよりなされている。例えば、杉村章三郎博士は、日本国憲法施行間もない時期に、本条について、「公平な行政を擔保するにあつて、特定の宗教を財政的に保護することを禁止したりする點においては大いに意味のあることである」としつつも、「国家が私立の教育事業を財政的に保護し得なくなるのは民間人による文化發展が期待せられねばならない今日行きすぎではなからうかと思われる」、と述べ、その問題点を剔出して⁽⁴⁾いた。鈴木竹雄博士もまた、本条「後段は日本の現状から見ると、必らずしも妥當とはなしがたい。：日本の社會がまだ後進的特殊的であつて、從來相當活動してきたこの種の「慈善、教育又は博愛の」事業中、この規定の結果、國の補助がえられず經營困難に陥つたものが少く

ないことを考えると、理想としてはともかく、現在の制度としては實際的妥當性が疑わし⁽⁵⁾く、「この後段の規定はこれを削除すべきではないかと考える」という。そして清宮四郎博士は、本条について、公的な財政援助に伴い、私的事業の自主性を害することを嫌って設けられたものであろうとしつつ、「援助をする以上は事業の自主性は認めず、事業の自主性を認める以上は援助はしないと割り切っている憲法の態度そのものが、立法論としては、問題である⁽⁶⁾」、と難じた。こうして憲法八九条後段は、日本国憲法のなかにあつて、「この憲法の少なくない欠陥の一つ⁽⁷⁾」であつて、これ自体再考を要すべきものであるとの認識が、学界に広く共有されているかのようにみえる。

(2) 社会福祉基礎構造改革と憲法八九条後段

これらの見解の前提には、本条後段が日本の現状にそぐわないという認識があつたように思われる。すなわち、「慈善」・「教育」・「博愛」の事業を行う私的団体に対する公費支出等による公的支援は、わが国の現状からすれば肯定されるべきものであるところ、公金支出等を禁止しているかにみえる本条後段は、こうした実情に背馳するものであつて、かつ、わが国のいわゆる「福祉国家」的姿勢とは相容れないものではないか、というわけである。この点は、最近の社会保障構造改革で議論された、いわゆる社会福祉基礎構造改革の動向においても、なお問題となりうる。

現在、我が国では、少子高齢化、経済の低成長基調など、社会保障制度をとりまく状況が大きく変化していることを踏まえ、社会保障の構造改革が進められている⁽⁸⁾。こうしたなかにあつて、わが国の社会福祉制度についても、社会福祉事業を取り巻く環境の変化や少子高齢化社会において増大・多様化する福祉需要に対応し、利用者の信頼と納得が得られる福祉サービスが効率的に提供されるよう、社会福祉サービスの利用方法や社会福祉法人のあり

方、利用者の権利擁護の方策などを内容とした、社会福祉基礎構造改革が進められた。⁽⁹⁾

この改革の理念のひとつに、「幅広い需要に応える多様な主体の参入促進」がある。これは、「今後、利用者の自立支援にどのようなサービスが必要かという視点に立つて、個々人の多様な福祉需要に応えるサービスを総合的に提供すること」を基本とし、その実現のために、「選択できるサービスの種類と量を確保することと併せて、福祉サービスの提供主体が利用者の福祉需要に柔軟に対応できるような環境整備が不可欠である」との認識に基づくものとされている。具体的には、サービスの水準として行政が定める最低基準等を充たした提供主体が参加して構成される「福祉市場」において、利用者がサービスを選択し、提供主体間のサービス競争が促され、自律的にサービスの質の向上が図られる、という副次的効果が期待されている。⁽¹⁰⁾

社会福祉基礎構造改革については、「今後の社会福祉の共通基盤制度を、日本国憲法が示す市民社会の原理に沿って、すべての国民に必要な福祉サービスの提供を可能にする土台を再構築しようとする試みであった」、⁽¹¹⁾といわれる。ところが、その日本国憲法自身が、一見するとこの改革の理念と対立するかのような規定を擁している。それが、憲法八十九条後段にほかならない。すなわち、「市民社会」において「慈善」・「博愛」事業に携わる多様な事業主体を公権力が支援しようとするとき、公金支出等を禁止するかにみえる憲法八十九条後段は、「多様な主体の参入促進」を阻むものとなりかねない、というわけである。実際、社会福祉基礎構造改革とは文脈が異なるものの、最近の規制改革において、この種の指摘がみられる。⁽¹²⁾ また社会保障法学説には、本条後段に公私分離の思想を読み込みつつ、「現在においては「社会福祉における」公私がそれぞれの役割を補完したり代替しながら協働して福祉の増進を図っていくべきであり、憲法八十九条が規定する厳格な公私分離の原則は、我が国の現状に適合しない」として、憲法八十九条は「もはやその歴史的役割を終えたものとして立法論的に見直しをする必要がある」、と指摘する

説ものもある。⁽¹³⁾ 憲法八九条後段は、そこでは、いわば改革の「阻害要因」と位置付けられるかのようなのである。

論

(3) 憲法八九条後段の再検討

以上のように、憲法八九条は、もはや立法論的に再検討を要する規定であって、殊に「慈善」・「博愛」事業についていえば、最近の諸改革にとっても「阻害要因」にすぎず、憲法改正の際には躊躇なく改正されるか、あるいは改正が困難な現状にあつては、本条の影響を可能な限り弱める解釈をし、又はその拘束をできるだけ回避する施策が求められているかのようにみえる。

しかしながら、いったい憲法八九条後段は、もっぱら「問題」規定で、かつ改革の「阻害要因」にすぎないのだろうか。日本国憲法は、「敗戦の所産であり、占領という特殊な事情の下において、かつ混乱した国民生活の環境の真つただ中において制定された」といわれ、⁽¹⁴⁾ こうしたなかで制定された憲法には、不合理な規定と見られるものがあることも否定しがたいかもしれない。しかしながら、日本国憲法の制定者が、そのような特殊例外的な状況にあつて、あえて八九条後段を含む憲法を制定したこの意味を、後世の私達はいかに考えるべきであろうか。あるいは、憲法制定者が私達に託した何らかのメッセージをそこに読み取り、今日の意味を与えることは不可能なのであろうか。本稿は、こうした認識を踏まえ、憲法八九条後段の今日的意義を再検討しようとするものである。

2 本稿の視座

本論に入る前に、本稿が前提とする視座等について、若干言及しておきたい。

本稿は、本条後段が掲げる事業のうち、「慈善」・「博愛」事業にかかわる領域を中心にとり扱う。その理由とし

ては、次の点があげられる。

第一に、のちにみるように、これまで憲法学の八九条後段解釈が、「教育」事業の領域、すなわち私学助成の合憲性へのみ関心が向けられ、本条がカバーするはずのもう一つの領域である、「慈善」・「博愛」事業については、これを単独のテーマとして論じることはほとんどなかったように見受けられる、という点がある。本稿がこの領域に関心を向けるのは、この間隙を少しでも埋めようとする動機に基づく。

第二に、本稿は、憲法二五条等について、裁判規範としての意義にとどまらない、政策策定ないし制度設計への指針としての意義をも読み取ろうとする、最近の社会保障法学の傾向に強い共感を示しつつ、社会保障制度のあり方を憲法学固有の観点から考えようとするものである。⁽¹⁶⁾ さきにふれたように、現在わが国では、社会保障の構造改革がいわれているが、これら一連の改革は、「自由で公正な社会」における、「公正な社会の基本構造」のあり方を⁽¹⁷⁾ どうかとらえるか、という、憲法学にとって極めて根源的な問いを含んでいるように思われる。⁽¹⁸⁾ そして、これらの改革は、憲法二五条のみならず、憲法構造全体から制度のあり方を論じることを、憲法学に迫るものともいえる。⁽¹⁹⁾ こうした認識を踏まえ、本稿では、社会福祉サービスにおける「多様な主体の参入促進」という理念と憲法八九条後段の関係について再検討することを視野にいれつつ、憲法八九条後段の今日的意義を把握しようとする。⁽²⁰⁾

なお、本稿で用いる「社会福祉」という語の意味について、若干言及しておきたい。「社会福祉」については諸説があり、その定義としては、「国家扶助の適用を受けている者、身体障害者、児童、その他援護育成を要する者が、自立してその能力を発揮できるよう、必要な生活指導、更正補導、その他の援護育成を行うことをいう」、とする、社会保障制度審議会によるものが知られる。⁽²¹⁾ 本稿も基本的にはこの説明を前提とする。が、最近では、「自らの努力だけでは自立した生活を維持できなくなるという誰にでも起こりうる問題が、ある個人について現実に発

生した場合に、当該個人の自立に向けて、社会連帯の考え方に立った支援を行なうための施策を指すと同時に、家庭や地域のなかで、障害の有無や年齢にかかわらず、当該個人が人としての尊厳をもって、その人らしい安心のある生活を送ることができ環境を実現するという目標を指すものである」とする理解のあることにも留意しつつ、検討を進めたい⁽²²⁾。なお、日本国憲法制定以前にあつては、今日にいう社会福祉にかかる事業に相当するものが、一般には「社会事業」とも呼ばれていたことから、本稿でも時代の文脈に応じて、適宜「社会事業」という語も用いておきたい。

以下、本稿ではまず、「慈善」・「博愛」事業と憲法八十九条後段との接点をめぐる展開を追うことで、憲法八十九条後段が直面する今日的課題を把握しようとする。具体的には、憲法八十九条後段が社会福祉制度の展開に及ぼした影響について、社会保障法学等の成果にも学びつつ、概観したい（Ⅰ）。続いて、憲法八十九条後段がどのような趣旨で日本国憲法に規定されたのかを、憲法制定時の議論を参照することで理解する（Ⅱ）。こうした制定期の理解をふまえつつ、その後の憲法八十九条後段についての解釈論の展開を追ひ、その妥当な解釈を探る（Ⅲ）。最後に、以上の検討を踏まえ、社会福祉サービスの供給主体多元化と八十九条後段との関係など、本条の今日的意義を明らかにしたい（Ⅳ）。

I 「慈善」・「博愛」事業と公金支出規制―社会福祉行政の展開と憲法八十九条後段

憲法八十九条後段と社会福祉行政との関係は、いわゆる占領管理体制下の社会福祉行政にその端緒を求めることができよう。占領期の社会福祉行政については、すでに多くの優れた業績が公刊されているが、本稿はこれらに学び⁽²³⁾

つつ、論旨に必要な限度で、憲法八九条後段と、これが社会福祉制度の展開に与えた影響について、概観すること
としたい。

1 終戦期における社会福祉行政の基本方針

(1) 生活困窮者対策にかかるGHQ指令

昭和二〇（一九四五）年八月の終戦直後、わが国は、経済が壊滅状態に陥り、また軍人の召集解除による復員や海外からの引揚げ等により失業者が溢れるなど、混迷の極みにあった。一方、終戦直後の不作で食料が極度に不足し、また臨時軍事費の支出により物価上昇が激化したことなどから、国民は貧困・飢餓状態におかれた。これらの事態に直面した日本政府は、失職者や貧困者等に対して当面の生活援護措置をとることとしたが、連合国最高司令官総司令部（GHQ/SCAP）側からも、何らかの方策を講じようとする姿勢が見られることとなった。

GHQは、旧日本陸海軍に所属していた物資等につき現状のまま保全することを命じていたところ、⁽²⁴⁾これを災害・飢えの緩和等に用いることを条件として日本政府に返還することとし、⁽²⁵⁾次いで昭和二〇年一月二日、救済目的で配分される保管物資等について覚書を発した（SCAPIN 333）。⁽²⁶⁾これは、日本政府に対し、同年二月一日までに物資の配給計画を総司令部に提出することを命じたものであるが、この計画には、中央機関が県庁等を通じて救済物資の配給を監督することや、各県等に社会福祉機関（social welfare agency）を置き、福祉問題の取扱いについて訓練を受け技能を有する者を採用する（陸海軍の経歴を持つがゆえの採用をしない）こと、物資の受給資格につき個人の困窮度（individual need）のみによることなどの点についても盛り込むことが求められた。

またGHQは、これに対する日本政府からの回答を得るより先に、同年二月八日、さらに新たな指令（SCAPIN

404) を発し、同月三十一日までに、食糧・衣類・住宅等の配給についての詳細かつ包括的な計画を提出するよう、日本政府に求めた。⁽²⁷⁾ この指令は、その経済的物資等では最低生活水準 (minimum standard of living) を維持するに足りない者の保護をするのに適切な施策を展開することを求めるものであって、人々を物資配給の上で差別しないために必要な施策を直ちに講じることを日本政府に求め、現行立法等がこの施策を講じる上で不十分であれば、この指令の回答に、適切な立法等を新たに制定することなどを盛り込むべきことなどが求められた。

(2) SCAPIN 775 の発令と公金支出規制

(a) 公的扶助の基本原則の確立

これら一連の GHQ の指令への対応を迫られた日本政府は、昭和二〇年二月一日、SCAPIN 303 を受けつ『生活困窮者緊急生活援護要綱』を閣議決定し、⁽²⁸⁾ 同月三十一日、SCAPIN 404 を受けて『救済福祉ニ関スル件』(CIO 1484) を決定した。⁽²⁹⁾ これらで示された計画は、いずれも失業者等への生活援護措置を盛り込むもので、前者は、当面の生活困窮状態に対する臨時応急的な措置としてなされたものである一方、後者は、SCAPIN 404 が新たな立法の制定等を促すことをも含意するものであったため、救護法(昭四法三九)等それまでの公的扶助制度を根本的に改正し、⁽³⁰⁾ 新たな救済法規の制定を意図するものであった。⁽³¹⁾

こうした日本政府の対応に対して、GHQ は、『救済福祉ニ関スル件』を受け、昭和二一(一九四六)年二月二七日、『社会救済 (Public Assistance)』を発した (SCAPIN 775)。⁽³¹⁾ この指令は、日本政府による『救済福祉ニ関スル件』実施を承認するにあたり、GHQ が一定の条件を付したもので、これによれば、①日本政府は単一の全国的政府機関 (single National Governmental agency) を設置し、これが都道府県及び地方政府機関を通じて差別や優先

的取扱いなく困窮者に食糧等の物資を配給すべきこと、②昭和二十一年四月三〇日までに本計画の財政支援及び実施責任は日本政府が確保するものとし、民間ないし準政府的機関 (any private or quasi-official agency) に委譲・委任してはならないこと、③困窮防止に必要な額の範囲にあつては、救済にかかる支給額に制限を設けてはならないこと、といった条件が示された。これらの条件は、国家責任、無差別平等、公私分離及び必要充足といった原則を示したものとされ、「戦後の我が国の公的扶助の基本的原則」⁽³²⁾であるといわれる。

(b) 私設社会事業団体への公金支出と SCAPIN 775

わが国では、戦前より、私設社会事業団体により実施されていた社会事業に対して、救護法や社会事業法(昭一三法六〇)等により、一定の公費支出・公的助成を講ずる途が開かれていた。例えば、救護法では、居宅における救護ができないときなどに被救護者が収容される救護施設につき、私人による救護施設設置を認め、市町村が私設救護施設に収容の委託をしたときにかかる費用のほか、救護施設の設備に要する費用への国庫等による補助を規定していた(七条二項、八条及び二五条等)。また社会事業法では、政府が社会事業経営者に対して予算の範囲内で補助することができる旨の規定がおかれていた(一一条)。政府は、『生活困窮者緊急生活援護要綱』の実施の準備をする一方、昭和二十一年、生活保護法(昭二一法一七。以下「旧生活保護法」という)を制定させたが、この時は、私設社会事業団体への補助については、救護法以来の規定をそのまま受け継ぐ態度が採られるなど、従来の立法例に従う考えを採っていた。

しかしながら、さきにふれた SCAPIN 775 が、公的扶助等の財政支援及び実施責任を民間ないし準政府的機関に委譲することを禁止していたことが、私設社会事業団体への補助に深刻な影響を及ぼすこととなった。ここにいう

国家責任・公私分離の原則について、GHQの公衆衛生福祉局 (Public Health and Welfare Section: PHW) により、昭和二十一年一月三〇日、厚生省側との会合で、具体的内容が示されたが、それによれば、公的補助金は私設社会事業団体に対して一時多額の補助金として使用されてはならず、私設社会事業団体の再興等に対する補助金の交付については、それがあ地域において最も経済的で実行しやすい方法であつて、当該地域に他の公設又は私設の団体が存在しないときのみ可能である、とされた。また、公設社会事業団体が不適当であるか又は役に立たないとき、被保護者を私設団体による施設に入れてよいが、この場合、政府資金はこれらの団体に対して平均一人当りの保護費を超過しない額において補償するために使用してよいこととされた。⁽³³⁾これにより、旧生活保護法下にあつては、市町村長が保護を受ける者の収容を私設保護施設に委託したとき、保護に用する費用は（一人当たりの保護費という条件付きで）支払われることとなったものの、施設整備への補助については、補助が極めて限定され、現存する私設施設のみに、しかも公設施設のない場合などに限定してなされることとされた。⁽³⁴⁾

そもそも、SCAPIN 775に民間ないし準政府的機関に実施責任を委譲してはならない旨の指示が盛り込まれた背景としては、次のような事情が指摘されている。すなわち、日本政府が提出した『救済福祉ニ関スル件』において、生活保護を拡充強化するため「新ニ有力ナル民間援護団体ヲ設立スベク急速ニ之ガ準備ヲ進メツツアリ」、この新たな「有力ナル民間援護団体」は「既存ノ戦災援護会、海外同胞援護会、軍人援護会等ノ各種団体ヲ整理統合スルモノ」とされていたところ、GHQが、新たな民間団体設立により日本政府が軍人優先政策を維持するのではないかと、と危惧し、上記のような指示が盛り込まれた、というのである。⁽³⁵⁾日本政府がこれらの民間団体を念頭におきつつ施策を講じようとしたのは、戦前、社会事業等における民間援護団体活動は官民一体で行うことが当然とされ、⁽³⁶⁾官公吏の役職員就任・公的資金拠出がなされていたことによるものである。周知のように、日本の非軍事化はGH

Qの占領政策における基本的姿勢ともいべきもの（『ポツダム宣言』第九項等参照）で、社会福祉行政の側面においてもこの点に留意されていたことが窺えるが、いずれにせよ、こうして、旧生活保護法等、当時の社会事業法制下では、「政策の問題として私設の保護施設に対する財政援助は甚しく困難」⁽³⁷⁾となった。

2 憲法八十九条下における公金支出規制

さらに、日本国憲法八十九条が登場するに至り、私設社会事業団体への公金支出はいっそう困難とされた。

（1）新生活保護法における対応

（a）政策担当者の危機感

この点についての危機感は、とりわけ厚生省担当者側にも強く意識されていたようである。例えば、昭和二年三月六日、『憲法改正草案要綱』が内閣から発表された際、法制局では、『要綱』につき関係各庁との打ち合わせがなされたが、その際、『要綱』第八五（現行憲法八十九条）については、厚生省当局から、救護法による保護施設はどうなるか、などといった疑問が提出されたという（当時は旧生活保護法は未制定であった）⁽³⁸⁾。また、昭和二年当時厚生省社会局長であった葛西嘉資氏が、『帝国憲法改正草案』（同年四月一七日）が発表された頃のことについて、次のように回顧しているのが注目される。

「あのころ、それ〔帝国憲法改正草案〕が新聞に出たのをみて、これは困ると思った。そこで、潮恵之輔さんが枢密院副議長で憲法の審査委員長をしてもらったので『困るのです』といったら、『そうなんだよ、しかし、いま

これをいかんといっても、どうこうできる事態ではないのだ。』といわれた。それで、英語の案文をもってきて『これは君、ノット・アンダー・ザ・コントロール・オブ・ザ・ステート（公の支配に属しない）と書いてあるのだからアンダー・ザ・コントロール（支配に属する）にすればいいではないか。』という議論になった。⁽³⁹⁾

（b）新生活保護法における公金支出施策

こうして、「公の支配」のあり方が問題となるわけであるが、昭和二四（一九四九）年二月一日、法務調査意見長官による回答という形で、この点についての一つ解釈が示された。この意見については後にまた触れるが、それによれば、憲法八九条にいう「公の支配」に属しない事業とは、その事業の構成・人事・内容・財政等について公の機関から具体的に発言指導又は干渉されることなく事業者が自らこれを行うものをいうものとされた（以下この意見を「昭和二四年二月意見」という）。⁽⁴⁰⁾ 一方、地方自治法（昭二二法六七）にも、憲法八九条類似の普通地方公共団体にかかる公金支出等規制規定がおかれ（同二三〇条等）、これらの解釈・規制により、私設社会事業団体への公的助成はより一層困難なものとなった。⁽⁴¹⁾ しかしながら、そもそも私設社会事業団体に対して公金支出を禁止するという施策は、「我が国の現状から見て必ずしも当を得たものでないこと」が社会福祉事業界の世論であったことから、旧生活保護法の改正をするにあたり、こうした状況の打開が強く要望された。そしてこの点につき、「約三箇月に亘る接衝の結果、嚴重な警告付で漸く承認されるに至った」。⁽⁴²⁾

旧生活保護法を改正した生活保護法（昭二五法一四四。以下「新生活保護法」という）では、次のような施策が講じられた。すなわち、保護施設については、民法（明二九法八九）三四条による公益法人による設置を認める一方、その施設整備費用について、①その保護施設を利用することがその地域における被保護者の保護のために極め

て効果的であつて、②その地域に都道府県又は市町村の設置する同種の保護施設がないか、又はあつてもこれに収容・供用の余力がないときにのみ、都道府県の補助（施設整備費用の四分の三以内。ただし国が都道府県のした補助の三分の二を負担〔七五五号〕）を認めることとされた（七四一条一項）。そして、保護施設に対する指導等、都道府県知事等による一般的な監督（四三条―四五条）のほか、保護施設に対する業務・会計状況にかかる報告命令、予算変更の指示及び職員の解職の指示をすることといった厚生大臣の直接監督等の規定をおき（七四二条二項）、これによって保護施設を憲法八九条の「公の支配」に属させることとしたのである。⁽⁴³⁾

（2）措置委託制度と社会福祉法人制度による公的助成施策

（a）措置委託制度の展開

当時の状況では、国家責任で果たさなければならない社会・救済事業も、民間施設の活用なくしては到底実行不可能である一方、私的社会事業団体の経営は苦境に立たされていた。そこで、公的責任に属する事業を民間施設に委託し、それに必要な経費を支払うことは、公的責任の原則に反しない、という解釈がとられ、⁽⁴⁴⁾社会事業の実施について、措置委託制度の活用がみられることとなった。そもそも委託の考え方は、救護法等でも予定されていたものであり、必ずしも憲法八九条等による公金支出規制を回避するために戦後はじめて採用された施策とはいえない面がある。⁽⁴⁵⁾が、これが憲法八九条等による公金支出制約という状況への打開策となり、戦後社会福祉行政の基礎をなしたといえよう。この措置委託は、社会福祉事業にかかる共通的基本事項を定める社会福祉事業法（昭二六法四五）において、社会福祉事業について国等の公的責任を前提としつつも、これを民間事業者に委託することを認める規定がおかれることにより（五五二条二項）、法令上明確にされた。⁽⁴⁶⁾これ以降、民間社会事業の財政において、公費

説による委託費がしだいに大きな比重を占めるようになったといわれる。⁽⁴⁷⁾

(b) 社会福祉法人制度の創設

一方、社会福祉事業法において、社会福祉事業の公共性を高め社会的信頼を得るために、民法上の公益法人とは別個に、社会福祉法人という特別の法人の制度を設けることとされ、社会福祉事業主体に対する公的助成の方途が整備されることとなった。⁽⁴⁸⁾

社会福祉法人制度が導入された背景としては、従来、社会福祉事業を行うことを目的として設立される法人は、民法による社団法人又は財団法人とするものとされていたところ、これらには種々雑多なものがあり、その社会的信用においても、社会福祉事業の健全性を維持する上においても遺憾な点があったことから、その純粋性を確立するため、特別法人としての社会福祉法人の制度が導入された、とされている。⁽⁴⁹⁾ 社会福祉法人制度創設の意義・背景については、憲法八九条後段等による公金支出規制との整合性を図ったものとする理解があったが、⁽⁵⁰⁾ 最近の研究では、終戦直後の失業者等に対する授産事業のうち、低賃金による搾取等不祥事が生じたため、社会福祉事業の社会的信用が失墜したことや、シャウプ勧告が、社会福祉事業を当時担っていた公益法人に対して新規に課税すべきことを勧告していたことなどから、社会福祉事業の社会的信用を守り、経営上も有利な条件を確保するために社会福祉法人が創設された、という指摘もみられる。⁽⁵¹⁾

いずれにせよ、社会福祉事業法は、この社会福祉法人を通じて、民間社会福祉施設の施設整備に対する公費助成の仕組みを整備することとなった。さきにふれたように、すでに新生活保護法等で、一定の場合につき私設保護施設等の施設整備について公的助成を開く途が用意されていたが、それ以外の一般の社会福祉事業の施設について

も、ここで一定程度認められることとなったわけである。すなわち、国又は地方公共団体は、社会福祉法人が経営する社会福祉事業施設が災害により破損した場合に、緊急にこれを復旧する必要があると認めるときは、省令又は当該地方公共団体の条例が定める手続に従い、社会福祉法人に対して補助金の支出等が認められることとなった（五六条一項）。一方、八九条の趣旨により、公の支配に属する事業に対しては、公費の助成をすることができることから、これらの社会福祉法人たる民間社会福祉事業団体に、一般的監督に加え、事業・会計の状況について報告を徴することや、助成の目的から不相当と認められた予算につき必要な変更をすべき旨の勧告をすること、そして社会福祉法人役員が法令等に違反した場合における当該役員の解職勧告といった、厚生大臣又は地方公共団体の長による監督権限がおかれ（五六条二項）、「公の支配」に属することが確保された。⁽⁵²⁾

（c）公的助成制度の確立

このような公的助成のあり方は、「憲法第八十九條の解釋を正面から取り上げた最初の立法例」とされた⁽⁵³⁾、私立学校法（昭二四法二七〇）における私立学校への公的助成の仕組み（五九条）の例に倣ったものといわれる。終戦当時、私立学校は、インフレ等による経済的危機や戦災による被害が大きく、窮迫した私立学校の救済が重要な課題とされたところ、憲法八九条により公の機関による助成は不可能とされ、私立学校行政は重大な障害に突き当たった。⁽⁵⁴⁾最終的には、学校法人は私立学校法等により一般的な監督等に服しており、これに加え、所轄庁は同法五九条により業務・会計の状況に関し報告を徴し、予算の変更を勧告し、法令違反において役員の解職を勧告しうることなどから、憲法八九条の要件を満たすものとされた。⁽⁵⁵⁾

こうした私学助成のあり方が、社会福祉事業法制定の際に参照されたであろうことは容易に想像しうるわけであ

説るが、社会福祉事業の場合には、憲法八九条のほか、SCAPIN 775の指示をもふまえる必要があったことは、留意されるべきであろう。いずれにせよ、社会福祉施設の入所者・通所者に対するサービス提供にかかる費用については、措置委託制度により、措置費という形で社会福祉法人を中心とする民間事業者に対して公金支出が可能となり、社会福祉施設の施設整備にかかる費用については、主に社会福祉法人に対する公費助成によって図られることとなった。⁽⁵⁷⁾ こうして、憲法八九条を一つの転換点としながらも、戦後の社会福祉行政の基盤が整備され、「公的な支援策の充実による運営の安定化が図られていくことになった」。⁽⁵⁸⁾

3 近時の改革動向

こうした社会福祉行政の基本構造は、冒頭で触れた社会福祉基礎構造改革等の動きにより、新たな方向がみられることとなる。

(1) 支援費支給制度における公金支出の仕組み

(a) 支援費支給制度

措置（委託）制度は、基本的には、サービス利用希望者の申出ないし申請を契機に、地方公共団体等の措置権者がその受給要件を認定して措置決定を行い、これにより措置が実施される過程である、といわれる。⁽⁵⁹⁾ この仕組みの下では、社会福祉サービスを供給する事業者と措置を行う地方公共団体等との間には委託契約関係が成立する一方、サービスの利用者は、社会福祉サービスにかかる措置（行政処分）の対象者にすぎず、一般のサービスの場合のように利用者が対価を支払うことにより事業者からサービスの供給を受けるという直接的な契約関係がなく、制

度上、利用者が自ら利用するサービスを選択する権利は認められていないとされていた。⁽⁶⁰⁾ このため、サービス利用者と提供者との間の法的な権利義務関係が不明確であり、両者の対等な関係が成り立たないことから、社会福祉基盤構造改革にあつては、社会福祉サービスの利用につき、利用者が自ら選択したサービスを提供者との契約により利用する制度を基本とし、その費用については提供されたサービスの内容に応じ、利用者に着目した公的助成を行う必要があるとされた。⁽⁶¹⁾ こうして、社会福祉の増進のための社会福祉事業法等の一部を改正する等の法律（平一二法一一一）により、身体障害者福祉サービス等について、従来の措置制度を原則として廃止し、支援費制度と呼ばれる新たな利用契約制度が導入され、平成一五（二〇〇三）年四月一日より施行されることとなった。⁽⁶²⁾

支援費支給制度の基本的仕組みは、次のようなものである（身体障害者福祉法〔昭二四法二八三〕一七条の四以下等）。障害者福祉サービス等の利用について支援費の支給を希望する者は、必要に応じて適切なサービス選択のための相談支援を市町村等から受け、市町村に対して支援費の支給申請をする。申請を受けた市町村は、支援を行うことが適切であると認めるときは、申請者に対して支援費の支給決定を行う。支援費の支給決定を受けた者は、都道府県知事等の指定を受けた指定事業者又は施設との契約により、障害者福祉サービスを利用するが、利用者本人等は、その負担能力に応じた利用料負担額を支払う一方、市町村は、サービス利用に要する費用の全体額（支援費基準額）から利用者負担額を控除した額を、利用者本人に公費助成する（支援費の支給）。実際には、支援費を指定事業者又は施設が代理受領する方式の採用により、障害者本人がサービス提供にかかる費用を立て替える必要がなく、低所得の障害者にもサービスの円滑な利用を可能としている。⁽⁶³⁾

(b) 利用者本位の公費支出

高齢者介護については、すでに介護保険法（平九法一二三）で社会保険方式を採用し、サービス利用者がサービス提供機関を選択し、対等の関係でサービスを利用することが可能とされていたのであるが、本稿の関心から興味深いのは、支援費支給制度が、制度上、利用者自身に対する公費助成という構造をとっており、サービス事業主体への公費助成という形式にはなっていない点である。もともと、実際には代理受領という形式によることとされているが、制度上利用者補助とすることで、憲法八九条の問題を回避しうるものとなっている。

すなわち、「公金によって慈善・博愛事業に対する補助を行うことに制限を加えている憲法の規定（憲法第八十九条）があるが、支援費制度においては、金銭給付を受けるのはあくまでも利用者個人であり、事業者ではないことから、問題がない」⁽⁶⁵⁾。利用者に対する補助金支出は、社会保障法学でもすでに指摘されていたが、最近の学説では、支援費制度の活用により、『公の支配』に属しない事業主体に補助を行うことが可能となり、株式会社も含めた多様な主体を等しく対象とすることが可能となる」ことから、「ボランティア団体やNPO法人等の多様な主体に対する補助が、しかも、施設整備費に対する補助も合わせた補助が、少なくとも憲法との関係においては可能となる」⁽⁶⁷⁾として、「支援費制度の新たな可能性」への期待が語られている。

(2) 規制改革における動向

一方、最近の規制改革にかかる社会福祉分野の動向も注目される。

周知のように、わが国では、「統制色の強い民間部門の規制を市場原理に大きく振る改革を行」い、「官営経済については行政改革と組み合わせる制度自体を変えつつ、市場原理をできるだけ入れ込む」べく、規制改革が進めら

れている。⁽⁶⁸⁾こうしたなか、構造改革特別区域（以下「特区」という）の設定により、教育、物流、研究開発、農業、社会福祉等の各分野における経済社会の構造改革を推進するとともに、地域の活性化を図り、もって国民生活の向上及び国民経済の発展に寄与することを目的として、構造改革特別区域法（平一四法一八九。以下「特区法」という）が制定された。⁽⁶⁹⁾

特区法では、本稿の対象である社会福祉分野のうち、①民間事業者による特別養護老人ホーム設置事業（二六条）及び②地方公共団体の設置する特別養護老人ホーム管理委託事業（二七条）が「特定事業」（地方公共団体が実施し又はその実施を促進する事業のうち、特区法別表に掲げる事業で規制の特例措置をうけるもの。特区法二条）として取り上げられている。これらはいずれも、特別養護老人ホームにつき、都道府県・市町村のほか社会福祉法人のみが設置しうるとされる、老人福祉法（昭三八法一三三）一五条の特例とされている。①については、地方公共団体が、その設定する特区内の特別養護老人ホーム不足地域において、民間資金等の活用による公共施設等の整備等の促進に関する法律（平一一法一一七。以下「PFI法」という）に定める選定事業者である法人（社会福祉法人を除く）は、都道府県知事等の認可を受け、特別養護老人ホームを設置することができる⁽⁷⁰⁾とされている。一方②については、地方公共団体が、その設定する特区内の特別養護老人ホーム不足地域において、条例で定めるところにより、法人にその管理を委託することができる⁽⁷¹⁾とされた。

この制度の趣旨としては、地方公共団体の特別養護老人ホーム不足地域で、「自治体及び社会福祉法人以外の主体にも特別養護老人ホームの経営を認めることにより、多様なサービス供給主体によって、地域の介護ニーズを充足することを可能とするもの」であるとの説明がなされている。⁽⁷¹⁾すでにみてきたように、わが国の社会福祉行政は、憲法八九条を一つの転換点として公金支出法制のあり方が整備され、民間事業者への施設整備補助についても、憲

法八九条への配慮もあり、社会福祉法人等に限定してきた。一方、多様なサービス供給主体の参入促進を図るにあたっては、施設整備補助を享受しうる社会福祉法人と、これらの補助のないそれ以外の法人との間で、事業の実施につき対等な条件を確保することが必要となろう。⁽⁷²⁾ 規制改革ないし特区法の考え方は、「公設民営」方式などを用いることで、施設整備等の面で社会福祉法人とそれ以外の法人との間のイコール・フッティングを図るものともいえる。⁽⁷³⁾ そしてこうした取組みは、憲法八九条を背景として確立された社会福祉行政における公的助成のあり方についても、新たな方向性を示す試みとして、注目されよう。

4 小括―憲法八九条後段解釈の在り処

(1) 憲法八九条後段が社会福祉行政に与えた影響

以上、社会福祉行政の展開に即しつつ、これと憲法八九条後段との関係について概観してきた。憲法八九条後段と社会福祉制度の関係の端緒は、占領管理体制下の社会福祉行政に求めることができるが、社会福祉領域において、憲法八九条後段より先に公金支出規制について深刻な問題をもたらしたのは、GHQの指令であるSCAPIN 775に盛り込まれた、国家（公的）責任原則―救済福祉にかかる計画実施につき、その財政支援・実施責任は日本政府が確保するものとし、民間・準政府的機関に移譲・委任してはならないこと―であった。これにより、私設社会事業団体への公金支出が著しく困難となったが、憲法八九条後段の登場により、これがいつそう難しいものとされた。新生活保護法では、こうした点をふまえ、公益法人による保護施設につき、一定の場合にのみ公金支出を可能とする一方、これらの施設に対して、一般的監督のほか、業務・会計状況にかかる報告の指示等、特別な監督規定に服させることで、「公の支配」に属するものとされた。また、こうした公金支出規制の下で、社会福祉事業の実施に

つき、民間施設を利用せずには不可能であるといった当時の事情もあり、措置委託制度の活用により社会福祉事業にかかる運営費の支出の途が開かれる一方、社会福祉事業法により社会福祉法人制度が創設され、施設整備補助につき、社会福祉法人に対する監督等により「公の支配」を確保することで、一定の場合について公的助成が可能となった。

憲法八九条が社会福祉行政にどの程度影響を及ぼしたかについては、本稿では取り上げなかった論点も含め、多様な観点から、慎重に検討する必要がある。しかしながら、公的助成の文脈についてみたとき、「憲法第89条は、戦後の措置制度に対して、その公的助成の分野では社会福祉法人等に限って公的助成を行うという制度を構築するのに大きな影響を及ぼした」ことは、否定できないであろう。⁽⁷⁴⁾すなわち、社会福祉領域にあっては、戦前からあった施策等をふまえつつも、少なくとも、憲法八九条後段（及びSCAPIN 775）を一つの転換点として、公的助成にかかる社会福祉行政の基本構造が形成されてきた、ということができる。この構造は、しかし、最近の社会福祉基礎構造改革や規制改革において、さらなる変貌を遂げつつある。これら最近の動きをふまえるならば、社会福祉行政は、もはや憲法八九条の「呪縛」⁽⁷⁵⁾からほとんど解放されたかにみえる。

（2）今日的課題としての憲法八九条後段

しかしながら、八九条後段の解釈問題について考えたとき、以上の歴史的経緯をふまえたとしても、なお次のような疑問が残る。

(a) 憲法八九条後段は「公金支出等禁止規定」か

まず、戦後の社会福祉行政の展開にあつては、本条をもつばら公金支出等禁止規定と解したうえで、いかにしてその制約から逃れる途を開くことができるかに関心が向けられていたように思われる。本稿冒頭で触れた、本条後段が日本の実情にそぐわないとする学説の認識も、この点を前提としているようにみえる。しかしながら、そもそも本条が公金支出等の禁止を前提とするものであったのか否かは、なお検討の余地があろう。終戦直後にあつては、本条よりさらにSCAPIN 775による制約が課されていたことから、社会福祉行政においてこの点が強く懸念されたことはやむを得ないことであつたかもしれない。が、これ以降の施策のあり方についても、本条を公金支出等の禁止規定であることを当然の前提としているかのように見受けられるところがあり、そこには、八九条後段の制約回避策のみに議論が終始し、本条の具体的な規律内容について真摯な検討がなされてきたとはいいたい面があるように思われる。

(b) 「公の支配」の意義と射程とはいかなるものか

もともと、昭和二四年二月意見や、社会福祉事業法上の公的助成規定のように、「公の支配」のあり方について、その規律内容の明確化・具体化に努力した痕跡があることも確かである。が、そこで前提とされてきた憲法八九条の解釈がそもそもいかなるものであったのかについては、やや判然としないところもある。というのも、新生活保護法下における公的助成規定はともかく、社会福祉事業法における社会福祉法人への公的助成のあり方は、昭和二四年二月意見と合致しない面があるように思われるからである。この意見は、「公の支配」について、公的機関による非常に強力で具体的な監督といった、「⁽⁷⁶⁾決定的な支配力」を想定しているが、社会福祉事業法における公的助

成にかかる監督規定は、一般的監督のほか、事業・会計状況に関する報告徴収、予算変更・役員解職の勧告にすぎず、「決定的な支配力」には及ばない。のちにみるように、戦後憲法学の泰斗が、私立学校法及び社会福祉事業法で定められる程度の監督が、本条にいう「公の支配」に該当するかどうかについて疑問視していたのは、「公の支配」について厳格な解釈を前提とする限り、当然のことであった。

この点で、社会福祉事業法が範とした私立学校法の助成規定の経緯が関心を惹く。安嶋彌氏によれば、私立学校法案作成に際し、昭和二四年二月意見などをふまえ、学校法人に対する厳格な監督規定を当初措いていたところ、GHQ民政局 (Government Section) により、監督規定の大幅な削除を求められ、「結果としては、法務調査意見長官の意見は、全面的に否定され、学校法人に対する『公の支配』は民法法人以下となり、憲法第八十九条の実質的な意味は極めて不明瞭になった⁽⁷⁷⁾、といわれる。このようにみえてくると、昭和二四年二月意見にもかかわらず、「決定的な支配力」とはいいがたい監督規定をおく私立学校法・社会福祉事業法が成立し、しかもこれが憲法違反であるとの公的解釈も示されていない⁽⁷⁸⁾ということは、これらの立法は、この意見とは異なる憲法八十九条後段解釈のうえに成立していた、と解する必要がある。こうしてみたとき、憲法八十九条にいう「公の支配」とは、最近の制度改革を含め、戦後日本の社会福祉行政に大きな影響を与えてきたにもかかわらず、なおその意義と射程が不明確のまま今日に至っている、ということも、不当ではないであろう。

これらの点をふまえるなら、憲法八十九条をめぐる解釈論は、なお今日的課題として考えることができる。はたして憲法八十九条は、そもそも公金支出等を禁止する規定であるのか。そしてそこにいう「公の支配」の意義と射程、すなわち本条の趣旨と、「公の支配」の具体的あり方とは、どのようなものとして理解すべきなのであろうか。次節では、これらの論点を中心にしつつ、憲法制定時の理解から、その手がかりを探ろう。

II 憲法制定時における憲法八九条後段理解

日本国憲法成立の過程については、いわゆるマッカーサー草案の提示を分界として、日本政府部内における自主的な研究の段階である「前期」と、マッカーサー草案以後の日本国憲法成立史の本体をなす部分である「後期」とに大別されることがある。⁽⁷⁹⁾が、「固有の意味での日本国憲法の『制定』過程といえるのは、総司令部（GHQ）が主導した『後期』のみである」との指摘がある。⁽⁸⁰⁾本稿が対象とする憲法八九条は、のちにみるように、マッカーサー草案に由来するものであるから、ここでも「後期」以降の動きを中心として、本条がどのように理解されてきたかについて、概観することとしたい。

そもそも、およそ憲法制定について、「国民の憲法制定権力を実質的な内実を備えたものとして捉えるのであれば、少なくとも有権者団による直接あるいは間接の関与が認められなければならない」はずであり、この点で、憲法制定当時の当事者の見解についても、有権者団の代表者による審議機関の審議が重要な意義を持つであろうし、また、憲法制定会議の公的な機関意思・理解が問題となるとすれば、その公然性も求められるであろう。⁽⁸¹⁾しかしながら、本稿では、憲法制定議会（第九〇回帝国議会）での審議のほか、マッカーサー草案における理解や枢密院での議論状況など、「公然性」にはやや欠けるものについても、参照することとしたい。これは、憲法八九条が、「マッカーサー草案に由来して目的不明のまま成立したという事情と、目的を不明とするが故に文字解釈をしようとしても、文字じしんも混乱している」⁽⁸²⁾といわれる以上、その始源的な立法目的に立ち返って検討することは、決して無意味ではないように思われることによる。

1 マッカーサー草案起草時のGHQの見解

(1) マッカーサー草案

さて、昭和二一（一九四六）年二月一三日に日本政府に手交された、いわゆるマッカーサー草案では、現在の憲法八九条後段に相当する規定が挿入されていた。該当箇所の原文とその翻訳は、次のようなものであった。⁽⁸³⁾

Article LXXXIII No public money or property shall be appropriated for the use, benefit or support of any system of religion, or religious institution or association, or for any charitable, educational or benevolent purposes not under the control of the State.

第八十三條 公共ノ金銭又ハ財産ハ如何ナル宗教制度、宗教團體若ハ社團ノ使用、利益若ハ支持ノ為又ハ國家ノ管理ニ服ササル如何ナル慈善、教育若ハ博愛ノ為ニモ充當セラルルコト無カルヘシ

この条文がこの形で成立するまでには、まず、いわゆる第一次試案⁽⁸⁴⁾があり、これについての討議（一九四六年二月七日）を経て、いわゆる第二次試案⁽⁸⁵⁾が成るといったように、若干の変遷があったことが今日知られている。この第一次試案から第二次試案へと移行する過程で、第一次試案にあった教会（church）、宗派（sect）、宗門（denomination）という文言が削除されるなど、変更が施されている。

(2) アメリカ州憲法の参照

マッカーサー草案の起草にあたっては、憲法調査会によれば、マッカーサー・ノートやアメリカ合衆国国務・陸軍・海軍三省調整委員会(SWINCC)第三二八号文書「日本の統治制度の改革(Reform of the Japanese Governmental System)」(SWINCC-228)のほか、⁽⁸⁶⁾各国の憲法が参照されたようであるが、だいたいはアメリカ憲法が参照され、また、起草にあたってはライブラリーが貧弱で十分の資料はなかったが、アメリカの州憲法、ワイマール憲法、ソ連憲法などをも参照したといわれる。⁽⁸⁷⁾憲法八九条後段については、これまでの研究で、本条がアメリカ合衆国の州憲法をモデルとしたものである、という指摘がしばしばなされてきたほか、⁽⁸⁸⁾プエルト・リコの自治制度等に関する一九一七年のアメリカ連邦法に類似規定があるなどの指摘があった。⁽⁸⁹⁾

そもそも、本条を含め、マッカーサー草案における財政(Finance)の章を担当したのは、フランク・リゾー(Frank Rizzo)である。最近の有力な研究では、リゾーが本条を起草するに当たり、アメリカ合衆国の非営利組織であるNational Municipal Leagueが作成した、モデル州憲法(A Model State Constitution)が参考とされた可能性が高い、との指摘がある。それによれば、この組織が作成したモデル州憲法は、何度かの改訂を経ているようであるが、リゾーが参照した可能性が高いのは、その第一版から第三版までの当該規定であるという。⁽⁹⁰⁾その第三版における問題の規定は、次のとおりである。⁽⁹¹⁾

Sec. 10. [Aid to sectarian institutions] No public money or property shall ever be appropriated, applied, donated, or used directly or indirectly, for the use, benefit, or support of any sect, church, denomination, sectarian institution or association, or system of religion, or for charitable, industrial, educational or benevolent purposes not under the

control of the State.

この規定の後半の趣旨として、笹川隆太郎教授は、次のようにいう。“purposes”という文言を、文法上 “not under the control of the State” が修飾していると考えられる点が着目されるが、⁽⁹¹⁾ じつにいう “purposes” とは、州が公金等を支出する「目的」、つまり、公金等の「用途」・「使途」であって、その「使途」を州がコントロールするということとされる。つまりモデル州憲法は、州が慈善や教育のためにその事業主体に公金を支出した場合に、その使い途をコントロールできるかどうかを問題にしているのであって、慈善や教育の事業主体をコントロールできるかどうかを問題としているのではなく、公金等に対する使途統制がなされていることがその支出等の要件であるという「使途統制原則」が、その趣旨である。この規定の後半部は、慈善・産業・教育・博愛等の事業につき、州自ら行うもののほか、当時では私的組織等についても考えられたはずであり、私的組織の行う慈善・教育等の事業についても使途統制原則が妥当し、そこには「私的組織主催事業援助容認原則」が含まれている、とされる。⁽⁹²⁾

(3) GHQ側の起草趣旨

以上のように、マッカーサー草案における憲法八九条後段に相当する条項は、アメリカ合衆国州憲法等が参照されたと推察できるわけであるが、もともと、本条がいかなる理由で取り入れられたかについては、「リゾーが何を参考にしてこの条文を作成したのか、この条文の趣旨・目的は何であるのか、マッカーサー草案起草過程について今まで公表されている文書や資料のなかにこれらの問題を説明する手がかりを発見することができない」、とされてきた。⁽⁹³⁾ しかしながら、最近の有力な研究等によれば、本条の起草趣旨について、ある程度推測しうる素材が提供

説
されてきている。

論

(a) フランク・リゾーの理解

本条の起草趣旨については、何よりも、「財政」担当者であったリゾー自身がいかなる意図で本条を挿入したかが問題となる。

まず、憲法八九条が「財政」の章に規定されていることをふまえるなら、そもそもリゾー自身が、いかなる点に留意しつつ、財政制度全体を構想していたかが注目されよう。この点で一つの手がかりとなりうるのは、民政局内でなされた会議録の一つである。すなわち、一九四六年二月六日付の民政局合議事要録中に、次のようなやりとりがあったことが記されている。財政権 (Budgetary Power) のあり方について意見が交わされた際、リゾーは、執行府 (the Executive) に拒否権のないことを疑問視した。彼によれば、執行府の拒否権がなければ、立法府が勝手気ままに予算を充当することを防ぐための実効的措置がないこととなり、多額の無駄な仕事 (expensive boondoggling) や利益誘導的事業計画 (pork-barrel projects) が生じることが予想される、というのである。これに対して、いったん国会が内閣の予算を承認すれば、国会は充当を増額することができないとの意見(ピーク [Cyrus H. Peake]) や、プエルト・リコでの経験から類推すれば、執行府は、自らが認めない充当法案 (appropriate bill) の実施を拒否する実際上の権限を有するとの指摘 (スウォープ [Guy J. Swope])、そして、国会は憲法が明示的に禁止していない一切の権限を有することを強調する見解 (ケーデイス [Charles L. Kades]) などが出されている。⁽⁹⁴⁾ リゾーの提案は受け入れられるところとならなかったが、ここには、財政制度の構想に際し、立法府による公費の濫用全般を抑止するシステムに関心を向ける彼の姿勢を窺うことができる。⁽⁹⁵⁾

もつとも、財政にかかる制度設計に際して、公費濫用を防止する体制に配慮することは、財政制度一般における当然の検討事項であるともいえる。この点で、本条について憲法施行後に収集されたものとして注目すべきものに、リゾーの談話録音記録がある。これは、昭和二九（一九五四）年一月二七日、当時国立国会図書館長であった金森徳次郎氏らによって収録されたもので、国立国会図書館憲政資料室所蔵になるものであるが、そのなかで、リゾーが本条の趣旨について質された際、次のような趣旨の発言をしている。すなわち、本条については、公金である以上納税者すべての利益に適うものでなければならず、また、慈善・教育事業等への支出も排除されるものではなく、本条の目的は、公金が特定の利益（special interest）のために用いられることを防ぐことにあり、それが目的の全てであってこれ以外にはない（“That is the whole object and nothing else.”）⁽⁹⁶⁾と。

（b）GHQ公衆衛生福祉局担当者の見解

Iでみたように、わが国の社会福祉行政は、憲法八九条後段とSCAPIN 775による公金支出規制の下で展開されてきた。この点で、占領期の社会福祉行政担当部局であった、GHQ公衆衛生福祉局（PHW）担当者の理解も参考となる。

ここでまず、PHW局長であったクロフォード・F・サ姆斯（Crawford F. Sams）の見解が注目される。これは、サ姆斯自身の回顧録の中に見られるものであるが、占領期の社会福祉政策についてふれる章で、サ姆斯は、「私は民間福祉団体は、福祉活動における新しい分野の開発・掘り起こしのできるパイオニア的存在たるべきであると思っている」としたうえで、次のようにいう。

「日本とアメリカとの基本的相違のひとつは、日本では現行憲法によって、民間の福祉やその他の民間団体に対する公金の支出が禁じられていることである。私はこれはよい法律であると思う。というのはこの法律によって特定の個人や団体の利益のために公金が使われたり、流用されたりするという不正が最小限にとどめられるからである」⁽⁹⁷⁾

なお、P H W福祉課長補佐であったネルソン・B・ネフ (Nelson B. Neff) は、憲法八九条後段への言及ではないものの、SCAPIN 775に盛り込まれた国家(公的)責任原則や民間社会事業に対する政府の助成の禁止について、次のように回顧している。「(民間社会事業への政府助成禁止)：『多額一時払いの助成金 Lump sum subsidies』を与えるべきではないということです。当時、政府自身が責任をとるよりも、『さあ、お金がありますよ、お使いなさい』というふうに、たくさんのお金を投げ出すだけでに逃げてしまおうとする政府の傾向に理由があったことはおわかりでしょう。しかも、その金額が、仕事全体のためには十分でないことを、G H Qの誰かが心配したのかもしれないよ。それは、特定な時の、特定な目的のために真に貢献するためには、ほんのおしるしにすぎないのですね」⁽⁹⁸⁾

(4) 小括―特定利益等への公金支出防止への関心

さきにふれたように、マッカーサー草案における憲法八九条後段相当規定について、その起草の意図を知る明確な手がかりがあるとはいいがたい。また、本稿でみたG H Q当局者の理解のうち、マッカーサー草案の起草に直接関わったのはリゾーであって、サムスとネフはあくまで社会福祉行政担当部局の側から見解を述べたにすぎないことにも注意しなければならない⁽⁹⁹⁾。したがって、これらの発言等から、本条にかかる整合的・確定的な見解を引き出

すことには、慎重でなければならない。

しかしながら、なお詳細な史料研究・分析等が必要とされるものの、本稿でふれたものによる限り、少なくとも、前節で確認した論点について、若干の示唆を得ることは出来よう。まず、本条が公金支出等を禁止する前提にたつものであったか否かについては、リゾーの談話による限り、本条は公金支出等の禁止を前提とするものとは解されていないことが注目される（もっとも、サムスは本条を公金支出等禁止規定と解しているかのようなのである）。次いで、本条の趣旨と「公の支配」のあり方について問題となる。まず立法趣旨については、本稿でふれたものによるならば、本条の背後に、当事者たちの一定の関心、すなわち、公金等が特定利益等に使用・流用され、不正が生じること——公金支出等にかかる濫用——への懸念をそこから読み取ることは、決して不可能ではないように思われる。笹川教授が指摘するように、リゾー自身が憲法八九条相当規定を起草する際、アメリカ合衆国のモデル州憲法の当該規定を参照した可能性が非常に高く、かつ当該規定の趣旨が、「公金等に対する使途統制がなされていることが、その支出等の要件である」という「使途統制原則」を含むものであったとすれば、憲法八九条後段の背後に、公費支出等についての統制やその濫用への懸念があったということも、不合理とはいえないであろう。しかしながら、「公の支配」のあり方については、これらのものから確定的な解釈を導出することは難しいように思われる。

以上のように、これらのものから本条について具体的解釈を導出するのは困難なところがあるものの、少なくとも、本条の背後に、公金支出等にかかる濫用防止への配慮ないし関心がみられるということは、留意されるべきであろう。こうしてマッカーサー草案に挿入された本条は、これ以降、日本政府によって解釈の方向が示されることとなる。

周知のように、マッカーサー草案が手交された後、日本政府は、日本案の起草を迫られ、幾多の議論・交渉等を経て、『憲法改正草案要綱』(昭和二一(一九四六)年三月六日)を公表し、次いで、この『要綱』について日本側から民政局に対して申し入れた修正が加えられ、『帝国憲法改正草案』(同年四月一七日)として公表され、同日、これが枢密院の諮詢に付されている。日本側の憲法八九条理解をみるにあたり、本稿ではまず、枢密院での審議に注目したい。

(1) 枢密院での審議

枢密院では、昭和二一年四月二二日に諮詢案に対する第一回の審査委員会が開かれ、同年五月一五日の第八回会議までほぼ連続して会が開かれた。その後、五月二二日に吉田内閣が成立したことにより、諮詢中の草案は一旦撤回され、若干の修正が加えられたものが再び諮詢されて、五月二九日に審査委員会を再開し、そこで一応の質疑応答を終えた。⁽¹⁰⁰⁾ 佐藤達夫氏によれば、審査委員会の審議で、財政の章のうち、皇室財産に次いで委員の関心を惹いたのは、現行八九条に相当する憲法改正草案八五条であったという。そしてこの規定には、あまりに窮屈であり実際に適しないという批判が強かった、とされる。⁽¹⁰¹⁾

さて、枢密院での審議については、今日すでにいくつかの文献が公刊され、議論状況がほぼ明らかにされている。⁽¹⁰²⁾ ここでは、佐藤達夫氏が遺した文書から、本条に関わる議論を概観しよう。⁽¹⁰³⁾ なお、佐藤氏は、枢密院審議の概要について、自筆の記録をも遺しているので、これも適宜参照することとしたい。⁽¹⁰⁴⁾

(a) 第七回審査委員会における審議

まず、第七回審査委員会（昭和二十二年五月一三日）において、次のような質疑があったことが注目される。林頼三郎委員は、「第八十五條に付、非常に窮屈である。実際に適しないやうにも思へる。公の支配に属するとか属しないとかは何の標準によるか」と、本条への懸念を示し、かつ「公の支配」の意義について質した。入江俊郎法制局長官がこれに答え、両者の間に次のようなやりとりが交わされている。

入江 國又は公共團體が自ら經營するか、法令の根據により指導監督してゐるものを指す。

林 何故それ以外はいけないか。

入江 慈善等、^マ情的に訴へ、又は恩恵をほどこす事業は、権力の作用をはなれて自由にやらさぬと私恩を賣る様なことになる。

林 その根本の趣旨は問題である。私立學校に對する補助は如何。

入江 私立學校令で公の支配に属するものと見る。

この後、議論は各種學校の位置付けなどに及んでいるが、ここで入江長官は、「公の支配」につき、公權力による經營のほかは法令に基づく指導監督を行うことを意味するものと解し、また本条の趣旨について、事業主体が公權力から自由であるべきことを念頭におきつつ理解しているのが興味を惹く。もともと、この質疑の後、松本烝治國務大臣が、「又第八十五條は美名にふらくとなつて濫費すること事を抑制する趣旨である」、との説明を付け加えている。⁽¹⁰⁶⁾ 具体的には、「85条ハトカク美名ニカクレテアヤシイモノガアル、寧口嚴格ニシテ、明瞭ニ支配ノ出来

ルモノデナイト困ル、甲ニ出スト乙ニモ出シ、乱費トナル、素性ノ分カツテキルモノナライ、中ニハイ、モノハアルカモシレヌガ、玉石混淆」(佐藤記録)、ということであつた。

しかし、「公の支配」の意義をはじめ、本条の対象事業などについて、委員の懸念はなお払拭されない。河原春作委員は、「公」の意味について、「七章迄ハ国ノコトデハナイカ」(佐藤記録)との疑問から、「ここだけ何故公共團體を含むか」、といい、また、国有地の上の建物(「寺院・神社等ニ供シテキタモノ」〔佐藤記録〕)や、大日本育英會等の扱いについて質した。入江長官は、「公」の意味については「ここだけ特別に廣くしたのである」とし、国有地上の建物については憲法施行時までに研究し無理のないようにしたい旨、大日本育英會については公の支配に属すると考える旨、それぞれ答えている。⁽¹⁰⁶⁾「公」の意味については、次に見る第八回審査委員会でも議論されている。

(b) 第八回審査委員会における審議

続く第八回審査委員会(昭和二年五月一日)でも、本条について興味深い質疑応答がなされている。

すでにみたように、政府側の答弁にも拘らず、本条の趣旨については、なお委員の間から疑問ないし懸念が示され続けている。ここではまず、関屋貞三郎委員と松本國務大臣の質疑応答に注目しよう。

関屋 第八五條に付、公の支配云々はわからぬ。實際に仕事をしてゐる人はこれはやりきれまい。宗教上云々の余波とも考えられるがかうはつきりかくとはさうもいへぬ。之を支出しては悪いといふのか。

松本 自らの事業としてやるのは差支ない。しかし、とかくその美名のもとにいろんな経費が分捕されて濫費にな

る事を防止することが一つと、その中にいかげんしいものが均霑して事務費になり、無用な人を養ふてゐる結果になる事を防止することが一つ、これが理由である。我國には少いが外國にはさやうな心配がある。この立法の趣旨に應じてこの規定は解釋され度い。

関屋委員は、「外國には有力な助成團體が多いから、その力で慈善云々が出来る。日本では産業關係には出してゐる金が多いが慈善云々には少い」、「之は翼賛政治會、大日本婦人會等に金を出し軍國主義の温床になつたことの心配がたとおもふが、出来れば『法律の定むるものの外は』とでも書き度い。國情の違ふものを同一に見てゐると思ふ」と述べた。本条がわが國の実情にあわないことの指摘は、学説よりかねてからなされてきたのであるが、早くもこの時点でそれが闡明されている。が、松本大臣はいう。「心配いらぬ。補助の必要があるときは、公の支配に屬する様にするがよい。公の支配はうけぬ。金をもらふといふのがいけない」。関屋委員はこれに、「弊害をとめるのは行政上の處分で出来る。在外同胞引揚援護會等は公の支配に屬せしめればよいともいへるが、この規定はいらぬのではないか。…全部國で社會事業は出来ぬ。篤志家にやらせ政府が助成する方法が實際的である」、と答えている。⁽¹⁰⁷⁾この発言は、「以上意見にとどめる」とされてはいるものの、本稿がすでにふれた当時の社會事業を取り巻く状況を如実に反映しているものともいえよう。とはいえ、松本答弁によれば、本条は、「公の支配」が及ぶ限度での公金支出を可能とする規定であること、そして濫費防止の趣旨にでたものであるという見解が明確にされているのが興味深い。

この審議では、「公の支配」をめぐるさらに審議がなされている。潮恵之輔審査委員長は、『憲法改正草案要綱』第八五では「公の支配」相当箇所が「國ノ管理」とされていたところ、これが変更された理由と、「公の支配」を

法令による指導監督とされることの具体的意味について、「寧ろ国デ法令ヲツクツタ方ガヨクハナイカ」（佐藤記録）、などと質した。これに対して、松本国务大臣は、「公の支配」への変更理由については、「公金その他公の財産」という字句にあわせた旨、法令による指揮監督については、「例へば社会事業にしても、社会事業法で補助を受けたといふものに對しては、かかる支配に服すべし。さすれば補助するといふ建方に致し度い。すべて強制的に國の支配下に入れるのは不賛成である」と答えている。また、「管理」と「支配」の異同については、入江長官により、「管理」は経営主体になる場合だけをさすようにとれるため、広くしたと説明されている。⁽¹⁰⁸⁾なお、「國ノ管理」から「公の支配」へと変更された点については、「要綱から成文化、法文化の際に、部内の研究の結果『國ノ管理ニ属セザル』という言葉は少し狭すぎるということから、『公の支配に属しない』という表現に訂正」した。⁽¹⁰⁹⁾より具体的には、『憲法改正草案要綱』が公表された後、必要最小限度の訂正を総司令部と交渉することとした際、「第五八条の『公金』については先方〔総司令部〕は、ここについて public money は國のみならず、一切の公共団体が tax and rates によって得た収入を意味するから、むしろ、最後の『國ノ管理』を the control of Public authority と修正する方が適當だ・というのでこちらにも同意した」、という経緯があつた。⁽¹¹⁰⁾

（2）小括——八九条後段解釈の源流

以上、憲法八九条（草案八五条）にかかる枢密院審査委員会での審議について概観したが、本稿の関心からは、次の点が注目されよう。

まず、本条がそもそも公金支出等の禁止を前提とするものであつたか否かが問題となる。この点については、第八回審査委員会で、松本大臣が、公金等の補助の必要があるときは、公の支配に属することとした上であれば可能

である、すなわち「公の支配はうけぬ。金をもらふといふのがいけない」、と答弁していたことが示唆的である。これによるならば、本条では、公金支出等の禁止が当然の前提とはされておらず、少なくとも「公の支配」の及ぶことを条件とした公金支出等は許容されることとなる。条文の字義からいえば当然の帰結ではあるが、この点は、⁽ⁱⁱⁱ⁾のちにみる学説の展開において、しばしば本条が公金支出等禁止規定であることを議論の出発点とする傾向があることをふまえると、看過しえない点といふべきである。

次いで、「公の支配」の意義と射程、すなわち本条の立法趣旨と「公の支配」のあり方が問題となる。まず、立法趣旨については、政府答弁において、のちの解釈学説の萌芽・源流ともいふべきものが見られる点が興味深い。すなわち、第七回審査委員会において、入江長官が「慈善」・「教育」・「博愛」事業の自主性を尊重する趣旨の発言をしていることや、松本内務大臣が立法趣旨について公金支出等にかかる濫費防止と解している点（第七回・八回審査委員会答弁）に、それぞれ「自主性確保」説と「公費濫用防止」説に重なる部分がみられる。

次に、「公の支配」のあり方については、抽象的には、法令の根拠により指導監督しているものをいうとされている（第七回審査委員会における入江答弁）。具体的には、新規法令による一般的かつ強制的な規律というより、私立学校令や社会事業法など、当時の事業規制各法に基づく指導監督がなされていることを念頭においていたことが窺える（第七回審査委員会の入江答弁、第八回審査委員会の松本答弁など）。ただし、社会事業法は、社会事業経営者が事業を開始・廃止する際の地方長官への届出（二条）のほか、地方長官による収容委託施設にかかる建物・設備改良の命令（四条）、事業報告徴収・書類帳簿提出・実地調査・経営にかかる指示（六条）などの監督規定をおくにとどまっていたが、私立学校令（明三三勅三五八）は、校長・教員等にかかる監督官庁の認可及びその取消（三条、五―七条等）、私立学校の設備・授業等にかかる監督官庁の変更命令（九条）、収支予算・決算の監督官庁

説

論

への届出(一一条ノ二)など、人事・事業・会計にわたり、私立学校に対して極めて厳格な監督規定をおいており、両者が等しく「公の支配」の根拠法令とされているとしても、その規律態様には相当の相違があったことに留意しなければならぬ⁽¹¹²⁾。なお、以上の答弁によっても、各委員からは、わが国の状況に本条が適合していない旨の懸念が相次いで示されていた。これは、憲法施行後から今日に至るまで、一貫して示される疑念ともいえよう。

3 憲法制定時における日本側の理解(2)——憲法制定議會審議から

『帝国憲法改正草案』は、昭和二年六月二〇日に開会された第九〇回帝國議會に提出された。こうして舞台は、憲法制定議會の審議へと移るが、ここでは、憲法八九条後段をめぐり、注目すべき質疑応答をいくつか取り上げることとしたい。

(1) 法制局による答弁資料

法制局では、昭和二年の四月から五月の時期に、答弁資料として、『憲法改正草案逐條説明』第一輯—第七輯及び『憲法改正草案に関する想定問答』第一輯—第七輯が作成されていた⁽¹¹³⁾。帝國議會での審議を見る前に、これらについて触れておきたい。

(a) 立法趣旨

まず、憲法八九条の趣旨説明は、『憲法改正草案逐條説明』第五輯(昭和二年五月)にみられる。これによれば、本条後段について、次のような説明がなされている⁽¹¹⁴⁾。

第八五条

〔中略〕

本條の後段は、更に進んで純粹の民間の慈善、教育又は博愛の事業に對して國又は公共團體が財政的の支援を興ふることを禁じた。勿論國又は公共團體が此等の事業を自ら運営することは妨げられないし、又将来平和的國家に於ては公權力は寧ろ此等の事業をその使命とすべきものとも云ひ得るのであるが苟も國若しくは公共團體が自ら運営せず、又は少くとも國若しくは公共團體の支配下に屬せしめないで、全く民間の運営に委してゐる事業については、之に公の財政から援助を興ふることは、動もすれば名を此等の事業の援助に藉りて、政治上の活動に利用し、或ひは私的目的に濫費する傾向が生じ得ることを懸念し、特に此の規定を置いたのである。

現行憲法には本條と同趣旨の規定は存しない。

(b) 想定問答

次いで、本条についての想定問答が、『憲法改正草案に関する想定問答（第七輯）』（昭和二十一年五月）にみられる。これによれば、本稿と関係する部分について、次のようなものが作成されたことが知られる。⁽¹¹⁵⁾

第八十五條關係

問 慈善、教育及び博愛の事業に限つた理由如何。

答 他人に對する私恩となる性質の事業であり、又、國帑その他の公の財産を使ふにはふさはしい美名となる事業であるものを掲げたのである。

問 公の支配の意義如何。

答 国又は公共団体が自ら經營するか、又は法律の根據に基き何らかの監督を行ふことを指す。国又は公共団体が何らかの關係を有さず、全く私人の自由な事業であるものに、公の財産を支出し、又はその利用に供するやうなことを認めると、その美名に隠れて野放図もないこととなり、結局悪用されることとなる。したがつて、いやしくも何らかの意味で公の支配に屬する事業については、もはやかやうな虞がないから、本條からこれは除いてあるのであつて、支配の語はやや廣く解して差支へない。

問 私立學校に對する補助金は認められるか。

答 私立學校は、法律（現在は勅令）の根據の下に國の監督の下にあるものであるから、これに對する補助金は差支へない。米國と異なり、我國の現状においては、私立學校を全然民間の經營にのみ任せるときは、經營が困難となるのであつて、これに對する補助金は、實際問題にしても、廢止することは問題である。しかも私立學校なくしては、我が國の教育は到底完全でないのである。

問 公の支配に属しない教育事業及び博愛事業の例如何。

答 學校は、すべて公の支配に屬すると考へられるので、ここの教育事業の例としては私の育英事業の類を考へるべきである。又、博愛事業としては、例へば、私の海外同胞援護事業、職業輔導事業等を考へることができよう。⁽¹¹⁶⁾

以上では、本条の趣旨について公費濫用の防止にでたものである点に重きが置かれ、また、「公の支配」のあり方については、枢密院での審議同様、国等が自ら經營する以外は法令に基づく監督をいうにとどまっている。『憲法改正草逐條説明』では、本条が「慈善」・「教育」・「博愛」事業への財政的支援禁止規定であるとの説明もみられ

るが、『想定問答』では「公の支配」が及ぶ限りで私学への補助金を許容する考え方が示されている点が興味深い。なお、佐藤達夫氏が所有していた四月一七日発表の草案テキストの印刷物には、前文以下の各条について、枢密院の諮詢前に金森徳次郎氏をも加えて逐条的に打ち合わせたものの書き入れが残されている。⁽¹¹⁷⁾ 本条については、「秩序ダツタ監督ヲトノヘズニツカミデヤルコトハイカヌ」、「美シイ名ヲカリテ国費ガ濫用サレル虞ヲ防グ」、「政府ヲ食物ニシ、政府トシテ御用団体ニスル弊ヲ防グ」、「議會ノ不信用」などの書込みがみられるのも、注目されよう。⁽¹¹⁸⁾

(2) 憲法制定議會（第九〇回帝國議會）での審議

以上のような答弁資料等によりつつ、政府は、憲法制定議會である第九〇回帝國議會に臨むことになる。

(a) 衆議院での審議

『帝國憲法改正草案』は、昭和二年六月二五日衆議院本會議に上程され、本會議での質疑を経た後、六月二八日、芦田均を委員長とする特別委員會に付託された。特別委員會では、七月一日から審議に入ったが、そこでは、周知のように、金森徳次郎國務大臣が主として答弁に当り、「事実、この委員會は金森大臣の独り舞台であるといつてよかった」、と評されている。⁽¹¹⁹⁾ ここでも金森大臣の答弁に注目したいが、本条については、「慈善」「博愛」事業にかかる担当大臣の答弁にも、興味深いものが示されている。

① 私立学校への公的助成と「公の支配」

まず、衆議院の審議では、草案八五条（現行八九条）の下で私立学校への公的助成が可能か否かが、しばしば問

説
題とされている。七月五日の委員会審議では、山崎岩男委員から、草案二一条（現行二三条）の「学問の自由」に
関連して、草案八五条により、私立学校に対する補助金の支出ができないということになるのではないか、という
質問があった。これに対して、金森大臣は、「学問の自由」が「補助金ヲ出スカ出サヌカト云フコトニハ關係ノナ
イ規定」であるとしながら、草案八五条について、次のように答弁している。

「サウシテ八十五條ノ方面ニ行キマシテ、…一見恰モ私立學校ニハ補助金ガ出セナイヤウニ見エルカモ知レマセヌ
ガ、ソレハ上ノ方ニ『公の支配に屬しない』ト但書ガ附イテ居リマス、ソレガ公ノ支配ニ屬スレバ補助金ハ出シテ
宜イ、公ノ支配ニ屬スルト云フ言葉ノ意味ハドウ云フコトカト申シマス、ヤリ放シノヤリ方ノ儘ニ學校ガ置カレ
テ居レバ、ソレハ補助金ヲ出シテハナラナイ、併シ國家ノ定ムル法令ヲ基礎トシテ國家ガソレヲ十分謂ハバ監督ト
カ管理ト云フヤウナ方法ヲ執ツテ居ルナラバ、補助金ヲ出シテ宜イ、斯ウ云フノデアリシマテ、現在ノ私立學校ノ
大部分ニ付キマシテハ、法令ニ依ツテ國家ガ管理シテ居ルモノト考ヘテ居リマス」

ここでは、「公の支配」に属すれば補助金支出が可能であること、「公の支配」の意味について、法令を基礎とし
て十分な監督・管理といった方法をとっていること、などとされ、当時の私立学校の大部分は法令による国の管理
があるもの、との考え方が示されている。⁽¹²⁰⁾

また、七月一六日の審議では、「兎モ角モ國家ノ法令ガ少シデモ適用サレテ居ルモノハ、公ノ支配ニ屬シテ居ル
モノト解釋シテ宜イモノデゴザイマセウカ」（井上徳命委員）との質問に対して、金森國務大臣が、「必ズシモ左様
ニハ解シマセヌ、…慈善、教育、博愛事業其ノモノガ公ノ支配ニ屬スル、即チ公カラシテ特別ノ監督ヲ受ケテ居ル

ト云フコトが必要デ」とあると答え、「公の支配」といいうるためには、「慈善」・「教育」・「博愛」の事業にかかる法令による「特別ノ監督」が必要であることが強調されている。さらに、同日の別の質疑応答では、「公の支配に属しない」とは、「…民間團體ニシテ而モ國又ハ公共團體ノ特別ナル監督ニ屬シナイ」ものを指すとされ、「私立學校ニシテ國家ノ特別ナル監督ニ屬シテ居ルモノハ此處ニ入ル譯デス」（金森答弁）、と、当時の私立學校が「公の支配」下にあることがここでも明らかにされている。⁽¹²¹⁾

②社会事業と「公の支配」

本稿の関心である「慈善」・「博愛」事業の面については、七月六日委員会における、加藤シヅエ委員と河合良成厚生大臣との質疑応答が注目される。加藤委員は、婦人問題・児童問題・教育理念の問題等の観点から、憲法改正草案について質問しているが、このうち、草案八五条については、次のようなやりとりがあった。⁽¹²²⁾

まず、本条の「公の支配」の意味に関連して、次のような質疑がある。

加藤委員 「…其ノ公ノ支配ニ屬シナイ所ノ慈善事業、社会事業トカ云フモノハドウ云フモノデゴザイマスカ、又公ノ支配ニ屬シテ居ルト云フノハ、政府當局ガ直接經營シテイラツシヤル事業ヲ言フノデゴザイマスカソコヲ伺ヒマス」

河合大臣 「…公ノ支配ニ屬スルト云フ意味ハ國直接ヤツテ居ルコトモ勿論デアリマスルシ、又公共團體ノヤツテ居ルモノモ勿論デアリマスガ、其ノ外、國ノ監督シテ居ルモノモ含ム積リデ居リマスサウシマスルト、社会事業法ナドニ於テヤツテ居リマスモノハ、やはり公ノ支配ニ屬スルモノト云フ解釈デ居リマス、ソレ以外、國ノ監督ニ属

説 シマセヌデ、全然関係ノナイ私設ノモノハ、此ノ中ニ入ラナイ、斯ウ云フ風ニ解釋シテ居リマス」

論

ここでは、社会事業法による監督下にある民間社会事業は、「公の支配」に属するものと解されている。

加藤委員はさらに、「此ノ公ノ支配ト云フコトニ付テハ、…事務的デナイ、寧ろ宗教的ナ或ハ母性愛ノ感情カラ出發スル社会事業カ、民間ニ自由ナ發達ヲスルヤウニ、國家ノ公金ニ依ツテ、是ガ将来保護助長サレルト云フ風ニ、此ノ八十五條ノ規定ガ用ヒラレテ行カナケレバナラナイ…」と質した。これに対して、河合大臣は、「ヤハリ公金ガ此ノ慈善ダトカ、博愛ダトカノ名ヲ藉リテ無駄ニサウ云フ所ヘ使ハレハセンヌカト云ウ點ノ心配ヲ以チマシテ書カレタモノデアリマス」、と、本条の立法趣旨を述べたうえで、「…民間ノ事業ノコトハ、是ハ勿論結構ナコトデアリマスガ、出来ルダケソレハ公ノ名ヲ藉リナイデ、本當ノ博愛ト云フ精神ニ依ツテ、國民ノ所カラ出タモノデハナク、全ク其ノ人ノ『イニシアティーヴ』デヤツテ行クト云フ線ニ沿ツテ行クノガ寧ろ宜イノデハナイカ」、と答えている。ここでは、本条の趣旨について「公費濫用防止」的見地にでたものと解する一方、私的社会事業が自生的・先導的に展開され、公はそれに関与すべきでないという考え方を垣間見ることができる。

(b) 貴族院での質疑応答

『帝国憲法改正案』は、八月二四日、衆議院の議決を経た後、貴族院に送付され、本会議への上程(八月二六日)。本会議での質疑を経た後、改正案は特別委員会に付託された(八月三〇日)。貴族院での審議については、「いわゆる学者議員の発言が活発であり、自然、議論の内容も学問的にレベルの高いものがあつた」、といわれる⁽¹²³⁾。ここでも、「学者議員」の質疑に注目しつつ、憲法八九条後段理解を辿って行きたい。

①国費濫費防止と「特殊ノ監督」——佐々木Ⅱ金森質疑応答

まず、九月二五日の審議から、現行八九条についての佐々木惣一博士と金森國務大臣の質疑応答が目を惹く。⁽¹²⁴⁾ここでは、先にふれた衆議院委員会審議で断片的に示されていた本条の解釈が、いわば総合的・体系的に示されたかのように、本稿にとっても極めて示唆的である。佐々木博士は、本条の立法趣旨について質しているが、これに対し金森國務大臣は、立法趣旨と「公の支配」のあり方について、次のように答えている。

「此ノ前段ノ宗教ニ關係スル部分ダケニ付テ見マスレバ、是ハ政教分離ノ方針ヲ採ツテ居リマスガ故ニ、財物的ニモ特定宗教ニ國家ハ保護ヲ加ヘナイ、是ダケノ原理カラ來テ居ルト御説明申上ゲ得ルト思フノデアリマス、…此ノ後段ノ部分ニ付キマシテハ、是ハ稍々意味ヲ異ニスルノデアリマシテ、此ノ財政ニ關スル憲法ノ規定ハ、國費ガ濫費セラルル危險ガナイヤウニト云フコトニ非常ニ重點ヲ置イテ居ルノデアリマス、處ガ慈善、教育、博愛ト云フモノハ、其ノ言葉ガ美シク、名前ガ華ヤカデアアル爲ニ、斯様ナ口實ノ下ニ、國費ガ濫費セラルル虞ガ多イノデアリマス、其ノ多イ道行ハ、國ガ自カラヤルノデハナクテ、何カ特殊ノ團體等ガ出來マシテ、ソレガ此ノ美名ニ依ツテ、國費ヲ、本來國民ガ負擔シタ租税ノ趣旨ニ實質上違反スルヤウニ使フ、是ハ非常ニ理論的ニイケナイト思ヒマス、ソコデ左様ナ方面ニハ嚴重ニ監督ヲ加ヘヨウト云フノデアリマス」

「…ソコデ公ノ支配ト云フコトハドウ云フコトカト云フコトニナツテ來マスガ、是ハ一般監督トハ違ツテ特殊監督ヲ加ヘルト云フコトデアリマスカラ、ソレカラ先ハ個々ノ場合ノ運用ノ問題ガ起ツテ來マスケレドモ、國ガ十分其ノ博愛、教育、慈善等ノ事業ニ對シテ發言權ト監視權トヲ持ツテ居ル場合ニ於テハ國費デ出シテモ宜シイ、然カラ

説
ザレバ出シテハイケナイ、斯ウ云フ趣旨デアリマス」

論

しかしながら、佐々木博士は、「公の支配に属しない」が「特殊ノ監督ニ屬シナイト云フコトニナルヤウデアリマスガ、ソレガチヨツト分リニクイ」、として、「公の支配」の具体的あり方について、「補助」と「監督」との関係に留意しつつ、更に追求しようとする。

佐々木惣一「サウスルト或私立大學ナラ私立大學ニ國家ガ補助シテヤル、ソシテ何モ對償ト云フ譯デハナイケレドモ、補助スルト同時ニ特殊ノ監督ニ入レテシマヘバソレデ宜イノデスカ、特殊ノ監督ニアルト云フ状態ガ前ニナケレバナラヌノデスカ」

金森國務大臣「特殊ノ監督ト云フノハ、他ノモノト比ベテ特殊ノ監督ト云フコトデアツテ、私立大學相互ノ間ニ特殊ノ關係ガアルト云フコトヲ言ツテ居ル譯デハアリマセヌ、今日國家ハ私立大學ニ對シテハ一般公法人ニ對スルヨリモ特殊ナル監督ヲシテ居リマシテ、ソレガ此處ニ言フ公ノ支配ト云フ言葉ノ内容ニ當ル程度ノ監督ニナツテ居ルト考ヘテ居リマス、サウ云フ監督ノ關係ニアレバ支出ヲシテモ宜シイ、ソレガ豫メサウ云フ關係ニアルカ、補助ヲ受ケタ時ニ其ノ關係ニアルカト云フコトハ、別ニ區別スル所ハゴザイマセヌ」

この後、佐々木博士は、「要スルニ私立學校ナドニ補助ヲシタリ、之ヲ保護シタリスルト云フコト、其ノコトガ絶対ニ禁ゼラレテ居ルト云フ意味デハアリマセヌネ」と述べ、本条後段が支出禁止を絶対的な建前とするものではないことを確認している。

以上の質疑応答からは、八九条の前段と後段とは趣旨を異にしつつ、後段は、「慈善」・「教育」・「博愛」という美名により国費が濫費されることを防止する趣旨であるとされ、こうした事態を嚴重に監督するべく、一般的に監督とは異なる特殊の監督としての「公の支配」、すなわち「國ガ十分其ノ博愛、教育、慈善等ノ事業ニ對シテ發言權ト監視權トヲ持ツテ居ル場合」であることが明らかにされている。さらに、補助と監督の関係については、あらかじめ監督がなされているか、補助の時点で監督があるかは区別されていない。

②「慈善」・「教育」・「博愛」事業の列举理由——高柳＝金森質疑応答

さらに、同日の審議において、高柳賢三博士と金森國務大臣との間でも質疑応答がなされている。これは、「慈善」・「博愛」の意味のほか、「慈善」・「教育」・「博愛」の事業のみが本条に列举された理由を質すものであった。⁽¹²⁵⁾

高柳博士は、まず、「慈善ト云フノト博愛ト云フノハドウ云フ風ニ違フノデアリマスカ」として、「慈善」・「博愛」の意義を問うている。これに対して金森國務大臣は、「慈善ト博愛ト云フ言葉ハ何處ガ違フトハツキリト言ヒニクイノデアリマス」と述べたうえで、「博愛ト云フノハ、餘程精神的ナモノデアリ、慈善ト云フノハ多少行動ノ上ニ現レテ來ルヤウナ、サウ云フ氣持ガ中心ニナツテ居リマスルケレドモ、ソレ以上チヨット御説明ヲ申上ゲ兼ネル」と答えている。

しかしながら、高柳博士がこう問うたのには理由があつた。博士は、「慈善ト云フ言葉ガ、果シテ是ハ普通我々が通常慈善ト理解シテ居ル言葉ノ意味デ使ハレタノカ、或ハ『イギリス』、『アメリカ』ノ法律的名意味、即チ公益ト云フ意味デ使ハレタノカト云フコトヲ疑ツタ」わけである。「此ノ『イギリス』、『アメリカ』デハ『チャーリタブル』ト云フ言葉ハ、元來慈善ト云フコトカラ來タ」が、「法律的ニハモット廣イ、謂ハゞ公益、『チャーリタブル、

トラスト』ト云へバ公益信託デアツテ、慈善ノミニ限ラナイ。ところが、先ほどの金森答弁では、本条にいう「慈善」とは、日本で通常用いるところの意味に近い、「非常ニ狭イ意味ノヤウニ理解シタ」。ここで博士は、本条にいう「慈善」とは「公益」事業一般をさすものではないか、と疑義を呈したわけである。「さすがに英米法の専門家にらしい着想」⁽¹²⁶⁾ではあるが、こうして博士は、仮に本条にいう「慈善」事業が、英米法にいう“charitable”と同義であるとするならば、⁽¹²⁷⁾日本語にいう「慈善」・「教育」・「博愛」の三種の事業に限定する理由があるのかを問題にして、次のように質した。

「慈善、教育、博愛ト、之ダケニ限ル理由ガ何處ニアルカ、モウ少シ廣ク公益的ナ事業ト云フヤウナ風ニヤツタ方が宜インヂヤナイカ、之ニ限ラナイ公益的ナ事業、公ノ支配ニ屬シナイ公益的ナ事業ト云フ風ニシテ、此ノ三ツニ限ラナイ慈善、教育、博愛、斯ウ云フ公益事業ト云フ意味ナラバ宜シウゴザイマスケレドモ、…サウ云フヤウニ廣ク公益事業ト云フ風ニシテハイケナイノデアルカドウカ、其ノ點ヲ御伺ヒ致シマス」

しかし、この三種を掲げたのには、相応の説明が可能であつた。金森國務大臣はいう。

「此處ノ所ハ結局國家ノ財物ヲ濫用サレナイヤウニ要心ヲスルノデアリマスルカラ、其ノ見地カラ云へバ、廣ク公益ト云フ言葉ヲ以テ、此處ヲ規定致シマシテ、一切ノ公益事業ト云フモノハ、原則トシテ國ノ經濟的利益ヲ與ヘナイト云フ建前モ、固ヨリ考ヘテ考ヘラレナイコトハナイト存ジマシテ…、併シ之ヲ又應用ノ方面カラ見テ行キマスルト、今後新タニ種々ナル角度ニ於キマシテ、色々ナ意味ノ公益ガ起ツテ來ル、サウ云フ所ガ窮屈ナ原因ニナツテ

ハマヅイノデアリマシテ、此ノ邊ハ一番弊害ノ起リ易イ公益トシテ、弊害ヲ導キ易イモノダケニ限定スルコトが適當デアラウト云フ考デ規定ヲシタ譯デアリマス」

この答弁は、高柳博士を満足させるものではなかった。「只今ノ御説明ハ全然了解シタトハ申し兼ねマスケレドモ、ソレ以上御尋ネ致シテモ後ハ意見ノ相違ニナリマスルカラ、私ノ質問ハ是デ打切りマス」。

(c) 小括

以上、憲法制定議會での審議を概観したが、本稿の見地からは、次の点を看取することができる。

まず、本条が公金支出等禁止規定であるか否かという点についてみてみよう。これについては、『憲法改正草案逐條説明』では「財政的の支援を興ふることを禁じた」ものとの説明もみられる。が、『憲法改正草案に関する想定問答』で「公の支配」下にある私立学校への補助金支出が認められていたほか、審議では、「公ノ支配ニ屬スレバ補助金ハ出シテ宜イ」（七月五日衆議院委員会での金森答弁）、「國ガ十分其ノ博愛、教育、慈善等ノ事業ニ對シテ發言權ト監視權トヲ持ツテ居ル場合ニ於テハ國費デ出シテモ宜シイ」（九月二五日貴族院委員会での金森答弁）などとされ、さきにふれた枢密院審議における松本國務大臣答弁のように、「公の支配」が及ぶことを条件とした公金支出等は許容されるものと解していることが注目される。

次いで、本条の趣旨と「公の支配」のあり方が問題となる。まず立法趣旨については、本条が前段と後段とでは異なる趣旨に出たものであるとしつつ、後段につき、「國費ガ濫費セラルル危險ガナイヤウニト云フコトニ非常ニ重點ヲ置イテ居ルノデアリマス」（九月二五日貴族院委員会での金森答弁）との説明に顕著であるように、主とし

て「公費濫用防止」的見地に出たものと解されている点が興味を惹く。もともと、七月六日衆議院委員会での河合厚生大臣答弁では、社会事業団体の「イニシアティブ」を尊重するなど、事業主体の自主性尊重を念頭においたかのような発言もみられる。また、本条の趣旨については、「公費濫用防止」と解したとしても、なぜ「慈善」・「教育」・「博愛」事業のみに限定されるのかが問われるが、この点については、「弊害ヲ導キ易イモノダケニ限定スルコトガ適當デアラウト云フ考」（九月二五日貴族院委員会での金森答弁）に出たものであるとの説明がなされている。が、これが十分説得的であったかどうか、のちの解釈学説においても一つの論点となりうる。

一方、「公の支配」のあり方については、公権力が「發言權ト監視權トヲ持ツテ居ル」「特殊監督ヲ加ヘル」とと解されている（九月二五日貴族院委員会での金森答弁）。が、具体例としては、社会事業法が挙げられている（七月六日衆議院委員会での河合厚生大臣答弁）など、やはり当時の事業規制各法が例示されるにとどまる。

4 小括―憲法八九条後段の立法趣旨

以上、憲法制定時における憲法八九条後段をめぐる理解について概観してきた。日本国憲法の制定過程は、いわゆる占領管理体制下ということもあって、様々な当事者が関与し、かつ極めて複雑な過程を経て成立しており、本条にかかる理解も統一的に形成されてきたとはいえない面がある。が、前節で剔出した論点については、おおよそ次の点は指摘することができる。

まず、枢密院審議や帝国議会審議によるならば、憲法八九条後段は、少なくとも、「公の支配」が及ぶことを条件とした公金支出等は許容されているものと解されていた点には、留意するべきである。これは、私学助成について繰り返し議論されることになった政府答弁等からも読み取ることができ、また本条を文言どおりに理解すれば

得られる当然の結論であるともいいうるが、この公金支出等の許容を前提として議論を進めるか否かは、のちにみるように、本条の意義を考える上で無視しえない相違となつて現れることとなる。

本条の趣旨についても、憲法制定時には興味深い議論が展開されていた。すなわち、帝国議会の審議や、それ以前の枢密院での審議等もふまえるならば、立法論的検討を要するといわれ続けている八九条後段について、実は、憲法制定過程を通じて、いわば一つの通奏低音ともいふべき考え方が脈々と通じていた、とみることもできるように思われる。それは、金森国務大臣の答弁でも明確にされたように、本条が公金支出にかかる濫費防止を目的としたものである、という理解である。これは、帝国議会における審議にとどまらず、さかのぼって、マツカーサー草案を起草したリゾーや、公衆衛生福祉局長のサムスといった、GHQ当局者の理解ともある程度共鳴する点で、当事者たちが期せずして一貫した意味を本条に与えていたともいいうる。⁽¹²⁸⁾

しかしながら、立法趣旨が公費濫用防止にあるとしても、それを担保するはずの「公の支配」のあり方については、なお判然としないところがある。そこでは、「特殊ノ監督」をいうか、あるいは当時の事業規制立法であった私立学校令や社会事業法等の既存法令を例示するにとどまり、具体的なあり方・構想について、理解が共有されていたとはいいたい面がある。金森答弁には、「發言權ト監視權トヲ持ツテ居ル」ことを想定したところもあるが、すでにふれたように、私立学校令と社会事業法とは、規律態様に相当の相違が認められたのであるから、「公の支配」の具体的規律内容について十分な検討がなされていたということはできないであろう。

このような理解の下に、昭和二年五月三日、日本国憲法が施行されていくこととなるが、以後、八九条後段解釈については、法制意見及び学説がリードしていくこととなる。

Ⅲ 憲法八九条後段解釈の展開

憲法八九条解釈については、まず、戦後初期に法制局による一連の意見が示され、次いで、憲法学説で多様な解釈が展開されることとなる。これらの解釈論に対し、本条にかかる裁判例等は決して豊富とはいえない状況にあり、とりわけ本稿が主たる関心を寄せる「慈善」・「博愛」事業については極めて少ないのであるが、以下では、これらについて概観したうえで（1―2）、最後に、前節での憲法制定時の理解をもふまえつつ、憲法八九条後段の妥当な解釈を探りたい（3）。

1 法制意見における憲法八九条後段解釈

まず、法制意見から見ていこう。ここでは主に、『法務総裁意見年報』及び『法制局意見年報』にみられた本条にかかわる意見を取り上げる。⁽¹²⁹⁾

（1）「公の支配」及び「慈善」・「教育」・「博愛」事業の意味

（a）昭和二十四年二月意見

まず、憲法八九条後段をめぐる解釈として注目されるのは、先に触れた、連絡調整中央事務局次長照会にかかる昭和二十四（一九四九）年二月一日付法務調査意見長官（兼子一）による回答である。これは、第一軍団軍政部係官から京都連絡調整事務局に対し、公立学校の建物を放課後あるいは休日等学校の業務の妨げとならない時間に宗教懇談会等に使うことは違法であるかどうか、という照会にかかるものであった。回答は、次のようなものである。

まず本条の立法趣旨について、前段は、政教分離の原則を財政面から明確にしているものである、と解される。一方後段については、「一般に慈善教育若しくは博愛の事業は、これを民間人が行う場合、つとめて公の機関からの干渉や掣肘を排して民間人たる事業者自身の創意と責任において従つてその者自身の費用をもつて行われるべきものである」が、「これらの事業はややもすれば特定の宗教や社会思想等に左右され易い傾向がある」ので、これらの事業に対して公の機関が財政的援助等を与えることは、「公金がこれらの事業を援助するという美名の下に濫費されること、公の機関がこれらの事業に不当な干渉を行う動機を興えること、あるいは政教分離の原則にもとること、さてはこれらの事業が時々の政治勢力によつて左右され事業の本質に反するようになる」、といった弊害が生じうる。こういった事態を回避するため、憲法は公金等の支出を禁止しているのであるが、これに反して、公の機関がこれらの事業を行うことは差し支えなく、また公の機関が自ら事業を行っている実質を具えるものに援助を与えることも支障はない。

以上の趣旨からすれば、「公の支配」に属しない事業とは、「國または地方公共団体の機関がこれに対して決定的な支配力を持たない事業を意味する」もの、すなわち、「その構成、人事、内容及び財政等について公の機関から具体的に発言、指導または干渉されることなく事業者がこれを行うものをいう」⁽¹³⁰⁾。

ここでは、八九条後段の立法趣旨につき、公費濫費の防止のほか、公の機関が不当に干渉を行うことの抑止や政教分離原則の確保といったように、のちの解釈学説でも展開された、ありうべき様々な考え方が挙げられている。一方「公の支配」のあり方については、公の機関が「決定的な支配力」を持つか否か、という見地から述べられ、事業それ自体の統制にとどまらず、事業主体への統制をも視野に入れた、非常に厳格な理解となつている。これは、のちにふれる解釈学説のうち、いわゆる「厳格」説に近い立場ともいうことができよう。なお昭和二四年二月意見

説 については、安嶋彌氏によれば、「法務府調査意見局とLS (GHQのLegal Section^マ法制部)との間に論議が⁽¹³¹⁾つめられた」という。

論

(b) 「慈善」・「教育」・「博愛」事業の意味

次いで、本条後段が掲げる「慈善」・「教育」・「博愛」事業の意味が問題となる。まず本条にいう「教育の事業」とは、「人の精神的又は肉体的育生をめざして、人を教え導くことを目的とする事業であつて、教育するものと教育されるものの存在なくしては、これを考えることはできない」、とされる。⁽¹³²⁾より具体的には、「教育される者についてその精神的又は肉体的な育成を図るべき目標があり、教育する者が教育される者を教え導いて計画的にその目標の達成を図る事業でなければ教育の事業といふことはでき」ず、人を教える行為が介在せず、教育する者とされる者の存在しない事業はもちろん、人を教える行為が介在していても、単に人の知識を豊富にするとか、関心を高めることを目的とする事業で、被教育者の精神的・肉体的育成を図る目標があり計画的にその達成を図るものでないものは、「教育の事業」には該当しない。⁽¹³³⁾この見地からすると、社会教育法(昭二四法二〇七)二条にいう「社会教育」についても、このすべてが「教育の事業」に含まれるものではないこととなり、社会教育に関する事業を行う社会教育関係団体に対する国又は地方公共団体による補助金の交付(同法一三条)は、ただちに憲法八九条には反しないこととなる。もつとも、こうした理解については、「教育の事業」を広く解する学説から批判もなされてきた。⁽¹³⁴⁾

一方、「慈善」・「博愛」事業については、昭和二八年の法制意見がある。これによれば、「憲法八九条にいう慈善又は博愛の事業とは、一般に仁慈の名で呼ばれる道徳上の理念に基き人の精神的、肉体的ないし物質的な欠乏を自

己の負担により直接充足することを目的として行う事業を中心とする観念と解せられ、その事業は、これを行う者とその事業によつて欠乏の充足が得られる者の存在なくしては、これを考えることはできない⁽¹³⁵⁾。これは、県遺族連合会の行う事業が憲法八九条にいう「慈善」・「博愛」事業に当たるかなどについての照会にかかるものであったが、この意見では該当しない旨の回答が示されている。

(2) 個別問題における解釈

法制意見は、いずれも具体的な問題にかかる照会に対する回答として示されたものであるが、次いで、以上の解釈をふまえつつ、個別問題にかかる論点を中心にみていこう。

まず、本稿の関心からは、社会事業法等の監督下におかれた私設社会事業団体への公金支出の憲法適合性が問題となる。が、昭和二四年二月意見を前提としたとき、これが消極に解されることが予想されよう。実際、社会事業関連法規により、知事において、事業報告、業務会計状況等の調査、経営指示等を行いつつある私設社会事業施設は「公の支配」に属する施設と解し得るがどうか、という神奈川県知事による照会に対し、法務府は、次のように回答した。『公の支配』とは、権限に基づかない事実上の支配を含まないことはもちろん、公の機関が単に抽象的な監督権限を有するだけでも不充分であつて、その事業を現実に支配する具体的な権限が法制上定められていることを必要とするものと解する。(憲法第八九条の立法趣旨及び同条にいう『公の支配』の意味については、別添昭和二四年二月一日附法務調査意見長官の意見参照) 然るに社会事業法に定める監督権の多くは、ただ単にそれらの事業に対する一般的な監督作用としての抽象的な権限に過ぎないものであるから、私営の社会事業が社会事業法の適用を受け同法に定める行政庁の監督に服することの故のみをもつて直に『公の支配』に属するものとは認め難

説
い」⁽¹³⁶⁾。ここでは、「公の支配」の根拠法令として、社会事業法を例示していた憲法制定当時の理解とは対照的な考え方が示されている。

論
また、社会福祉事業等のみを問題とするものではないが、「慈善」・「教育」・「博愛」事業に対する公金又は公の財産の提供等については、さらに個別具体的な疑義にかかる回答が示されている。例えば、国有林をこれらの事業に公正な対価で貸し付けることや、国民金融公庫の資金の貸付が通常の貸付条件で行われることは、八九条所掲の事業に特別に財政上の援助を与えることにはならないから、本条に反しない⁽¹³⁷⁾。また、純然たる私立の学術研究機関・団体に国が補助金を与えることは、これらが行う事業が先述の意味での「教育の事業」に該当しないことから、本条に反するものではないが、これらの機関・団体が宗教団体の事業として経営され、又は公の支配に属しない「慈善」・「教育」・「博愛」事業に付属し、その一環として経営されている場合は、この限りではない⁽¹³⁸⁾。このほか、本条に関わる意見としては、例えば社寺等に無償で貸し付けている地方公共団体所有の墓地を当該社寺等に譲与することの可否など、宗教団体等への公金支出等に関わるものも多い⁽¹³⁹⁾。

2 学説・裁判例における憲法八九条後段解釈

次いで、八九条後段解釈について、学説の展開を見ていこう。本稿は主に「慈善」・「博愛」事業の領域に関心を向けるものであるが、ここでは、「慈善」・「教育」・「博愛」事業を通約する解釈を探る見地から、また、本稿でみた憲法制定当時の理解との対比もふまえ、⁽¹⁴⁰⁾（１）本条後段の立法趣旨、及び（２）「公の支配」のあり方の二つの論点に着目しながら、各学説を概観する。

(1) 立法趣旨

(a) 公費濫用防止説

すでにみたように、憲法制定議会における政府答弁では、本条について、前段と後段とでは趣旨を異にし、後段は公費濫用の防止に出たものであるとの理解が示されていた。その答弁をほぼ一手に引き受けた金森徳次郎氏は、後に本条について、次のように述べている。すなわち、本条は公金支出を禁止しているかに見える点で、「一面からいえば、国家の活動範囲を非常に狭く解した時代の遺物であるともいえる」。「しかし、本当の意味はそうではなくて、実際政治の上に慈善、教育もしくは博愛の美名に頼つて公金を引き出す政治上の弊害があることに顧みて、慈善、博愛等の事業にして民間の行うべきものは民間の経費でもつてなすのが正当であり、国家の経費に頼るべきものでないという趣旨を明らかにしたものである。しかし、これらの費目といえども国家の特別な意思によつて行われるもの、即ち公の管理のもとに行われるものは、その用途において十分の注意ができるのであり、国家みずから事業をすることと相匹敵する面があるから、それらについて公金を支出してもよいことになっている」。

ここにもみられるように、本条所掲の事業は、その名目に藉りて、公金支出等につき濫費等の種々の弊害が生じることが懸念されることから、これを防止する趣旨にでたものとして、本条を解するものがある。これは、しばしば公費濫用防止説と呼ばれるが、この立場に立つ論者としては、小嶋和司博士を挙げることができる。

小嶋博士によれば、「公の財政的援助をうけるものがその援助程度におうずる統制（主として財務にかんするものであるが、財務にかかわるかぎりで事業そのものにも）をうくべきことは当然であろう」。このような統制すらなされない財政支出は、「それこそ公の財政をやぶる原因とならうが、しかし代議政治においてはこのような弊害こそもっとも生じやすく、本条は、このような代議政治の弊を予測、これが国家財政を紊乱せしめ、ひいては代議

政治への不信を招来することなきようあらかじめ制限をくわえたものにすぎない（八九条がいう『慈善、教育若しくは博愛』が公の信頼の中に財政的援助を受けやすいものであることを注意）⁽¹⁴²⁾。すなわち、「マカーサー憲法草案起草当時までにアメリカの州政治において弊害とされたもの、本規定が『財政』の章に存することに着目」すると、「慈善・教育・博愛の事業の場合には、その目的の公共性の故に、『包括供与』がなされやすい。アメリカにおいては、それがなされて私的団体や議員の利権行為となったが、そのような統制離脱行為を防止するところに本規定の目的が存し」ている。⁽¹⁴³⁾ 本条後段は、「『慈善、教育若しくは博愛』という事業への便宜供与それじしんを不当として設けられるものではなく、『公の支配に属しない』事業であることに、禁止の目的がある」。⁽¹⁴⁴⁾

この立場の注目すべき点として、以下を指摘することができる。第一に、この立場では、本条所掲の事業にかかる公金支出等は、本条によつて禁止されるものと解されてはいない点がある。小嶋博士が指摘するように、本条は、あくまで「公の支配に属しない」事業への支出禁止を規定したものであって、いわば「補助金許容の原則」⁽¹⁴⁵⁾を前提としつつ、公金支出等の統制を求めようとするものと解している。この点と関連して、第二に、この立場にたつ論者は、国会が財政決定権を有すること（憲法八三条）を前提としつつ、本条が「財政決定権への制約」⁽¹⁴⁶⁾をなすものであることを、他説に比べ幾分自覚的に論じている点がある。例えば、本条後段の立法趣旨について「公費の乱費濫用を防止することに重点が置かれているもの」と解する阪本昌成教授は、憲法第七章の構造分析として、「八三条が財政決定権を総則的に定め、八四条が財政収入のうちの課税権所在を定め、八五条が財政支出権限の所在を定めたものとして位置づけられる。そして、八六、八七、八八条は、財政権限の行使の具体的手続規定であり、八九、九〇条は、国会の財政決定権とそのもとの行政庁の執行権限に対する構造的制約を課す規定と解される」、⁽¹⁴⁷⁾という。これは、国会の財政決定権について、「財政民主主義も万能ではなく、国会は財政作用に対して課された憲法

上の制約に服する」ものと解したうえで、本条を財政にかかる構造的制約の一態様として理解しようとする点で、示唆に富むものがある。⁽¹⁴⁸⁾

もっとも、本条が公費濫用防止の趣旨に出たものと解する立場には、早くから学説上厳しい批判があった。というのも、公費濫用の防止ということは、およそ財政支出一般にかかわる問題であって、本条所掲の事業に限定されないはずだからである。⁽¹⁵⁰⁾ この点については、すでにみたように、憲法制定議会では、「此ノ邊ハ一番弊害ノ起リ易イ公益トシテ、弊害ヲ導キ易イモノダケニ限定スルコトガ適當デアラウト云フ考デ規定ヲシタ」と説明されていたわけであるが、この説明がどこまで説得的であったかが、この立場の評価を分つ論点の一つとなっている。もっとも、その答弁の当事者は、本条が掲げる「これらの三費目を離れて、ほかの項目についても、このような問題が起るのではないか。例えば、学術の研究とか芸術の振興等について公金を支出することは、この規定の制限を受けないのであるが、その合理性については、別に理論的な説明はできない」、と述べる点にも、留意しなければならない。⁽¹⁵¹⁾

(b) 「自主性確保」説

これに対して、本条後段は、「慈善」・「教育」・「博愛」事業を行う民間事業者に対して、公権力が不当に介入・干渉することを戒めるものと解する立場がある。いわゆる「自主性確保」説がそれである。

この考え方を闡明したのは、宮沢俊義教授であった。「本条後段は、主として、私的な慈善または教育の事業の自主性に対し、公権力による干渉の危険を除こうとするにある」。「一方において、公金の使い道や、公の財産の利用方法を厳重にコントロールすることが、国または地方公共団体が国民に対して負う責任であること、しかも他方

において、国又は地方公共団体がそういう支配権を持つことは、慈善または教育の私的自主性を失わせるものであることにかんがみ、本条は、『公の支配』に属しない慈善、または教育の事業に対し、公金その他の公の財産の支出または利用を禁ずることにしたのである⁽¹⁵²⁾。本条後段が、事業の自主性を尊重する趣旨に出たものであって、「私的な事業に対して不当に公権力の支配がおよぶことを防ぐため」のものであると解するこの立場は、戦後憲法学を嚮導した論者がこれに近い立場を表明することにより、本条後段解釈において極めて有力な地位を占めることとなった⁽¹⁵⁴⁾。もともと、最近では、私的事業の自主性尊重という趣旨をふまえつつ、「公費濫用防止」⁽¹⁵⁵⁾的見地をも視野に入れて理解する立場もみられる。

しかしながら、本条が私的事業の自主性確保を目的としたものであるという解釈には、鋭い批判もある。すなわち、この立場は、私的事業に対する財政援助が必然的にその事業の自主性を侵害することを前提としているが、「その〔財政援助の〕受給は常に私的団体の自主的意思にもとづいてなされるもので、支援制度が常に私的自主性を侵すとはなしがたい」、というわけである⁽¹⁵⁶⁾。また、本条が「財政」の一規定であることを思うとき、事業主体の自主性を確保することの担保として本条があると解することが、本条の憲法における位置付けから見て適格的であるか否かも、問題となり得よう。

(c) 前段・後段の統一的理解―「中立性確保」説・「政教分離補完」説

本条の立法趣旨についてはまた、前段との関係を重視しつつ後段の趣旨を読み解こうとする立場が登場することとなった。いわゆる「中立性確保」説や「政教分離補完」説ともいうべきものがそれであるが、これらは、前段と後段とを統一的に把握しようと試みている。

『註解日本国憲法』は、私的事業の特性に注目しつつ、本条の趣旨を論じる。本条所掲の事業については、「私人が行うについては、その者の宗教的信念や社会観に基づく主義、思想に動機し、その發現と見るべき場合が多いので、これに國家が財政的援助を興え得ることとすれば、これを營利的に待遇し、その結果信教や良心の自由をコントロールする虞れのあることが主たる理由と認められる」。また、「教育や慈善等の事業はその經營者や管理者個人の道徳的功績や社會的名譽をもたらしものであるから、性質上私財を投じて独力ですべきもので、何人も國家によつて、教育家や慈善家の榮譽を荷うべきではないとの考え方も附け加えられているといえよう」⁽¹⁵⁷⁾。本条は、「前段が政教分離を財政面から補強し、宗教に対する國家の中立性を保障しようとしたのに対し、後段は、さらに進んで、宗教のみならず、宗教をも含めたより広範圍の『思想信条』に対する國家の中立性を保障したという意味を持つことになる」⁽¹⁵⁸⁾。ここにみられる基本的考え方が「中立性確保」説といわれるゆえんであるが、最近では、広範圍の思想・信条に対する國家の中立性ではなく、前段同様、後段も政教分離の趣旨に出たものと解する立場がみられるようになった。

例えば、尾吹善人教授はいう。「教育・慈善・博愛の事業は、いずれも社会に不可欠な『善い』仕事である。善い仕事でも『公の支配に属しない』ものには公金を出すな、公の財産も提供するなとマッカーサー草案が要求したとき、くどすぎる英米流立法に慣れている彼等は、前半とは別なことをいつているつもりはなく、西洋で慈善・教育・博愛事業が特別に宗教団体の手で行われてきたことが念頭にあって、世俗的公権力の完全支配下にはない『宗教団体』のそういう事業には公の援助をするな、というつもりであったのかもしれない」⁽¹⁵⁹⁾。

こうした「政教分離補完」的見地が最近注目を浴びる契機となったのは、山内一夫教授の論考である。すなわち、本条後段の立法趣旨としては、①教育等の事業の自主性の保障、②教育等の事業を行う者が財政援助により篤志家

としての榮譽をになうことの防止、③国費の濫用の防止、④教育等の事業からの宗教性の排除、がありうる。が、①は事業者が自主性を損なうと思えば財政援助を拒否すればよいから、立法趣旨たり得ず、②は、財政援助により榮譽をになうことが不適切であるとしても、かかる些末なことを憲法が規定したとも思えず、③については、本稿でもすでにふれたように、国費濫用防止は財政支出一般の問題である。こうして、「四者のうち、前三者が八九条後段の立法趣旨たりうるかどうかは、極めて疑問である」から、教授は本条の立法趣旨を政教分離の補完にあると解する。「すなわち、私人が行なう教育等の事業は、特定の宗教的信念に基づくことが多いが、そのような事業に財政援助を与えると、その宗教的信念を不当に好遇することになって、民主制の基調である相対主義と矛盾する。そこで、教育等の事業への宗教的信念の滲透を防止するに必要な『公の支配』を成立させない限り、財政援助を行なうことを禁止したのである」⁽¹⁶⁰⁾。

思想信条に対する国家の中立性を要求するものと解する立場は、最近の学説でも改めて注目されている⁽¹⁶¹⁾。ただし、この立場は、「後段が宗教をも含めた思想信条からの中立性と捉える点で、前段が後段に吸収される構造となり、前段の独自性が失われてしま」うという欠点があることから、後段をも政教分離の補完と解する立場は、本条をより統一的に理解しようとする点で、学説では共感を得ている⁽¹⁶²⁾。たしかに、本条が一つの条文である以上、前段・後段を通じて趣旨が一貫したものと解するのは自然であろう。が、「欧米では、憲法八九条前段にあたる事例と後段にあたる事例とは、多くの場合、重なりあって」いるが、「日本では、私立学校教育が『特定の信念、主義、思想』と結びついている度合ははるかに小さ」い、という指摘にも、十分留意する必要がある⁽¹⁶⁴⁾。もともと、「政教分離補完」説からすると、仮にわが国の「慈善」・「教育」・「博愛」事業で特定の信念や宗教的信念に根ざすものが少ないとしても、その限りで本条の射程範囲が狭くなるにすぎないから、この点はそれほど深刻ではないかもしれない

い。ただし、のちみにるように、本条後段の趣旨をこう解したとしても、公金支出等と「公の支配」のあり方の関係については、なお検討の余地がある。

(2) 「公の支配」のあり方

次いで、「公の支配」のあり方を学説はどう解してきたかについて、見ていこう。いかなる立法趣旨と捉えるかによって「公の支配」のあり方が異なりうるが、ここでは両者の関連をもふまえつつ、概観したい。

(a) 「財政処分執行統制」説―財政統制としての「公の支配」

さきの公費濫用防止説の見地からすると、公の財政的援助を受けるものがその援助程度に応じた統制を受けるべきことは当然とされていた。「すなわち、公金の支出や公的財産の使用は、その具体的処分の段階にいたるまで公的統制の対象とされるべきである」。が、「公の支配に属しない」事業にその可能性はなく、しかも、「慈善、教育若しくは博愛の事業」に対する支出は、「事業目的がむしろ歓迎されるべきものであるため、それへの処分であることに満足して包括的処分が行われやすく、これは財政のあり方として望ましくない」⁽¹⁶⁶⁾。こうした見地から、「公の支配」とは、「一般の財政処分が服するような執行統制にまで服することを条件とすると考えるべきである」、とされる⁽¹⁶⁶⁾。

この「財政処分執行統制」説ともいうべき立場は、本条の立法趣旨に公費濫用防止を見出すほかの学説においても、共有するものがみられる。例えば、佐藤幸治教授は、本条の趣旨について、本条所掲の事業については美名の下にとかく包括的支出がなされやすいことと、公権力による事業の自主性・独立性を害することを回避しようと

する配慮が本条の背景にあると推測しつつ、「八九条が『財政』の章にあることからうかがわれるように、『一般の財政処分が服するような執行統制にまで服することを条件とする』：ことを基本に」することを示唆する。ただ、私学助成については、これをふまえつつも、教育を受ける権利を保障する憲法二六条との結びつきで考えるべきであろう、という。⁽¹⁶⁷⁾

近時、小嶋説を発展的に継承しようとする有力な論者として、笹川隆太郎教授を挙げることができる。笹川教授は、小嶋説を基本的に妥当であるとしつつ、「後段は、運営上の自主性が尊重されるべき私的事業であつても、それにルーズな財政監督態様で助成をするようなことは許されぬとし、公金等が公共性の認められる事業に間違いなく充てられており当該事業関係者等の不当な利得などにはなっていないことが厳格にチェックされることを支出等の条件としていると解する」。⁽¹⁶⁸⁾ 憲法八九条は、「『財政上の政教分離』原則と『公金支出等の際の使途統制』原則を公金支出等に関する可否要件として一本にまとめた規定であり、前段において宗教活動への援助等は不可とされるが、後段では、公金支出等にかかる使途統制を要件としてこれが可能とされる。具体的な「使途統制」のあり方については、「公権力によってその使途につき終極的な統制可能性を留保した統制がある場合」とされ、「自主的運営事業への公金支出等をしようというのが課題である以上は、事業の『終局的統制』という意味での事業『支配』はポテンシャルなものとして捉え、それが現実化するのには制裁の場合であると考えるべきである」とする一方、これらの制裁発動の前提として立入検査権などは欠かせない、という。⁽¹⁶⁹⁾

この立場について注目すべき点は、「公の支配」について、もっぱら財務にかかる統制を念頭におき、必要な限りで事業にも統制が及ぶと考えるものの、必ずしも事業主体及び事業内容を統制しようと解してはいない、という点である。これは、のちにみる「厳格」説が、「公の支配」について事業主体の支配ないし統制をも視野に入れる

点や、のちにふれる「事業統制」的立場が、事業統制を念頭におきつつ「公の支配」の規範内容を考察しようとする点とも異なり、専ら財政統制的見地から「公の支配」を理解しようとするものといえよう。

(b)「厳格」説―事業主体支配としての「公の支配」

これに対し、かねてより有力に説かれてきたのは、「公の支配」とはむしろ事業主体それ自体の統制ないし支配を前提とするものである、という考え方である。「公の支配」にかかる「厳格」説と呼ばれるこの立場は、戦後憲法学の先導者が唱えたことで、大きな影響を与えることとなった。

『註解日本国憲法』は、どの程度に国家・公共団体とつながりがあれば「公の支配」に属するといえるかが問題である、として、次のようにいう。「公の支配を徹底すれば、およそ事業の私的自主性とは相容れないもので、單に取締的な監督に服する程度では不十分なことになる。：したがつてその事業の物的施設も公の計畫にしたがつて行われ、又人事もその任免監督を直接公の機關が掌ることが必要であつて、いわゆる公團的なものでなければならぬことになる」。この見地からすれば、私立学校法五九条や社会福祉事業法五六条については、「現在程度の公の監督しかない私立學校や社會事業に補助金を交付したり、無償で公有財産を貸與したりすることはできないといわなければならない」と評価される。もつとも、「慈善」・「教育」・「博愛」事業が国等のために法律上の義務を負い又は個別的委託に基づいて業務が行われるときに、これに伴う実費や報奨金を交付することは妨げない。⁽¹⁷⁾

以上の解釈姿勢は、宮沢俊義教授が『全訂日本国憲法』において明確にすることで、決定的なものとなった。ここでは、本条の趣旨について、さきにふれた「自主性確保」説的立場によりながら、「公の支配」については次のように解されている。「公の支配」とは、国又は地方公共団体の支配の意味である」が、「支配」とは、その事業

の予算を定め、その執行を監督し、さらにその人事に関与するなど、その事業の根本的な方向に重大な影響をおよぼすことのできる権力を有することをいう。ただし、「かならずしも、その事業の日常の運行において、具体的・個別的に指揮する権能を含むわけではない」。⁽¹⁷¹⁾

ここでは、さきにみた『註解日本国憲法』が想定する「公團的」な事業主体統制までは想定されていないかのようであるが、⁽¹⁷²⁾この見地からすると、社会福祉事業法や私立学校法における公費助成規定も、その合憲性が極めて疑わしいこととなる。「ここにいう『公の支配』に属する、といい得るためには、国または地方公共団体が単なる『報告』的権限だけでなく、慈善等の事業の根本方向を動かすような権力を持っていることが必要である。が、社会福祉事業法等、「右の法律で定められる程度の微温的・名目的な監督——報告を徴し、勧告を行うこと——が、はたして本条にいう『公の支配』に属するかどうかは、すこぶる疑問である」。⁽¹⁷³⁾

(c) 「事業統制」説——「中立性確保」・「政教分離補完」的見地からの「公の支配」

一方、本条の趣旨について「中立性確保」・「政教分離補完」説的立場に立つ学説は、「公の支配」のあり方について、いわば「事業統制」説ともいえるべき考え方にたっている。

すなわち、「中立性確保」説は、本条所掲の事業が特定の思想信条に基づくことが多いという認識を前提としているが、例えば「教育」事業について、児童・生徒・学生には、事業者の信条をおしつけられることなく、教育を受ける権利・自由があることにかんがみ、これらの事業の受益者の憲法上の権利を守るために、政府機関による「公の支配」が正当化される、という。ここでの支配のあり方は、そこで問題となる権利の実現あるいは侵害に相関してその強弱ないし寛厳も変化する、ということになる。⁽¹⁷⁴⁾ 中村睦男教授は、私学助成の文脈で、本条後段の趣旨を国

家の中立性原則及び財政民主主義の原則としつつ、「公の支配」の具体的内容について、国家の中立性原則が、最低限学生・生徒の信教の自由・思想信条の自由を侵害してはならないことを要請する、という見地から検討している。⁽¹⁷⁵⁾

一方、「政教分離補完」的見地からは、「教育」等の事業が特定の宗教的信念に基づくことが多いことから、これらの事業に対する財政援助が特定宗教の好遇とならないよう、「教育等の事業へ宗教的信念の滲透を防止するに必要な『公の支配』を成立させない限り、財政援助を行うことを禁止した」、とされる。⁽¹⁷⁶⁾最近では、本条後段が規律対象とするのは事業主体ではなく事業それ自体であるという点を明確にした上で、「後段が『公の支配』に属する事業にのみ国の援助を認めた趣旨は、慈善・教育・博愛の事業が宗教活動の隠れ蓑に使われる危険性が強いことに鑑み、助成する事業の性格を厳格に規律・統制し、事業主体ではなく当該事業が宗教と関連を持たないことを保障することを要求したものと解すべき」であるとして、「たとえば、宗教系の私立大学に国費の助成を行うことは、助成対象の『事業』が世俗的なものであることが厳格に統制・監督されている限り、憲法上問題はないということになる」、という。⁽¹⁷⁷⁾

「中立性確保」的見地と「政教分離補完」的見地とでは、その基本的姿勢が異なるところがあるが、少なくとも、いずれの立場も、本条所掲の事業が特定の思想・信条・信教に立脚することを前提として、これらが事業それ自体に及ぼす影響を可能な限り排除すべく、統制・監督するのが「公の支配」である、と解しているかのようである。さきの「厳格」説と比較したとき、ここでは専ら事業統制のみが念頭におかれていることが読み取れよう。しかしながら、当該事業への思想ないし信教の影響を排除する目的の統制ということと、それを条件とする公金支出等のあり方について、のちにみるようにやや判然としないところも否定できない。

(d)「緩和」説―私学助成正当化と「公の支配」

さきにふれたように、有力な学説が「厳格」説にたつ一方、わが国の私立学校が、昭和三〇年代後半から、インフレによる私学の人件費の急騰、教育条件の低下、大学紛争の発生による授業料の値上げが困難となることなどによって、厳しい財政状況におかれたことを反映し、私学助成を合憲とする解釈学説が登場することとなった。⁽¹⁷⁸⁾

もつとも、私学助成が憲法違反でないことは、戦後の早い時期に指摘されていた。佐々木惣一博士は、「或事業が公の支配に属するとは、國家が、その事業の遂行されることが國家の目的を達成することに役立つものとして、これを規制していることであ」り、「私人の經營するものでも、國家が前示の意味での規制をしているものは、ここにいわゆる公の支配に属するものである」、という。「今日わが國の制度の下では、制度上學校とせられているものは、私立學校でも、すべて國家の規制しているものである。即ち公の支配に属する」。この見地からは、「例えば、國家が私立學校に補助することは、毫もこの憲法の條規に反するものではない」。⁽¹⁷⁹⁾そして、さきにふれた私学の財政状況の悪化を背景として、学説は、私学助成が合憲であることを積極的に論じるようになる。

ただし、その論理にもいくつかの種類が見られる。その一つに、教育を受ける権利（憲法二六条）を軸として八九条後段を解釈する立場がある。田畑忍教授は、「公の支配に属する」ことの意義について、「國家の支配の下に特に法的その他の規律を受けている事業という意味のもの」と解する一方、⁽¹⁸⁰⁾「第八九条解釈の場合、第二六条一項の正しい解釈が併せて必要である」ことも指摘する。⁽¹⁸¹⁾さらに、和田英夫教授は、「憲法の第二六条によつて明示された文化國家の原則、大学高等教育の充実・普及に対する國家的な義務と責任の認識が、論理的に前提とされなければならない」として、次のようにいう。「八九条は、第七章財政の章の、いわば一つの財政技術的な制限規定たるにすぎぬ。憲法の解釈論において、憲法の原則的規定（二六条）が…憲法の技術的規定（八九条）…に、優位すべ

きことは、およそ、解釈論のアルファであり、オメガである。わたくしは、このような観点から、八九条の『公の支配』の条文は、二六条の教育義務Ⅱ教育権の条文との解釈論的コンテキストにおいて、可能な限り弾力的に広義に解釈すべき：根拠があると考える⁽¹⁸²⁾。このように、憲法二六条や、その他の条項の趣旨をもふまえて「公の支配」を解釈し、私学助成が合憲であるとする立場は、一定の支持を得ているように見える。⁽¹⁸³⁾ 学説のなかには、さらにすすんで、私学助成の根拠が憲法二六条にあることから、「私学助成は、八九条ではなく、二六条の憲法問題である限り、『公の支配』とは一応かわりのないものと解すべきである」、⁽¹⁸⁴⁾ として、私学助成問題を憲法八九条と切断するものもみられる。

私学助成が合憲であるとするもう一つの論理としては、私学が各種教育法制の下にある点に着目しようとするものがある。例えば、新井隆一教授は、法定の系統に属する学校が「公の支配」に属するか否かは、「学校教育制度の制度目的とその現状を勘案して、法定の系統に属する学校が公の性質をもつものであることから演繹し、それが法的規制を受けることや監督庁の監督に服すること等の法令の諸規定から帰納して、総合的に攻究さるべきものである⁽¹⁸⁵⁾」という。また、この見解はとはやや視点を異にするが、私立学校振興助成法（昭五〇法六一）に定める監督⁽¹⁸⁶⁾程度のものであれば「公の支配」を満たすものとして、現行の監督法制をもって私学助成を合憲とするものもあり、これは、すでにふれた佐々木説・田畑説にも、その萌芽を読み取ることができよう。

（３）その他の解釈学説及び裁判例

これまでみてきた解釈学説以外にも、本条については様々な立場がみられる。ここでは、以上で触れたもの以外で注目すべき学説と、若干の裁判例についてみておこう。

(a) その他の解釈学説

まず、公金支出のあり方について、事業にかかる利用者ないし受益者に公金を支出することで、本条の趣旨を満たそうとする考え方ががある。例えば、松井茂記教授は、八九条後段の趣旨について、「制定時の趣旨としては、国費が乱費されないようにという意図であつたといわれている」、としながら、「89条の趣旨からいえば、基本的には、教育への補助は学校に対してではなく、個々の国民に対して行うべきであろう」として、受益者支援の見地から解釈する。⁽¹⁸⁷⁾ 私立学校振興助成法は、学校法人に対する経常的経費の公的補助につき、学校法人以外の私立の学校の設置者（学校教育法〔昭二二法二六〕一〇二条一項の規定により私立の盲学校・聾学校・養護学校・幼稚園を設置する者）に対しても認めている（私立学校振興助成法付則二条）が、これが宗教団体設置の幼稚園等も対象となることから、その違憲性の疑いを払拭するためには、「少なくとも補助費の具体的支払を、子供を受益者とするような形式において行なう配慮が要請されよう」、といわれていた。⁽¹⁸⁸⁾ 受益者支援的な解釈は、この考え方を八九条後段にも及ぼしたものと見ることができる。

次いで、「公の支配」について、厳格説を前提としつつも、公金支出の財政的援助と「公の支配」の程度を相關的に把握しようとする立場がある。これによれば、経常費に当たる部分への援助は、人事、予算、事業等の執行にまで国の支配を受けるものに限って認められ、八九条後段の趣旨はまさにそこで生かされるが、非経常的な費用の助成については、これよりもやや緩やかな国の監督を受けるとどまる事業にも与えられる、と解されている。この見地からすると、私立学校振興助成法四条は教育・研究にかかる経常的経費についてその二分の一以内の国庫補助を認めているが、これについては、「このような助成は、現在の程度の監督権の行使では、研究は別として、教育に関する補助については、憲法八九条後段に違反しないとはいえないように思われる」、と評価される。⁽¹⁸⁹⁾ なお私

学への経常費補助の合憲性については、甲斐素直教授の見解がある。それによれば、本条所掲の事業は、保護育成することが憲法上の要請とされることや、国による活動内容への過度の支配が禁じられることから、経常費補助等の公金の包括供与が要請されるものの、個別具体的な財政監督が禁じられ、また補助の有効性を客観的に測定しがたいなどの点で、通常の事業とは異なる特徴があるという。そこでの公的監督は、個別具体的な事後の監督ではなく、事業の主体性を奪わない公的な一般的監督の存在をもって代替され、結論として、私立大学の場合は、私立学校法及び教育基本法等により本条の要請は充足されている、という。⁽¹⁹⁰⁾

学説ではさらに、「慈善」・「博愛」事業を限定的に解し、今日の社会福祉サービス等を八九条の対象外におこうとするものがある。佐藤功教授は、「今日においては同法〔社会福祉事業法〕が対象としている社会福祉事業はもはや本条にいう『慈善』…の事業と考えるべきではなく、むしろ二五条の生存権保障の原則…を実現するための事業として位置づけられるべきであり、したがってそれらの事業を行う私的・私立の事業体に対する必要な財政援助（補助・助成）も、むしろ二五条二項にいうすべての生活部面についての『社会福祉、社会保障』の向上・増進のために、国が積極的に配慮すべきものと考えられるべきではないかと思われる」、と述べ、社会福祉事業体が必要な財政援助を受けることを可能とするような取扱いがとられるべきことを指摘する。⁽¹⁹¹⁾

この考え方は、憲法学説で一定の支持があるほか、社会保障法学説でも、これに近い考え方をとるものがみられる。例えば堀勝洋教授は、社会福祉各法の「福祉の措置」として民間団体が行うものについて、これらが公的責任により行われるべきものであり、民間団体が自主的・自発的に行う事業ではなく、また、福祉の措置に係る費用は利用者負担を除き国・地方公共団体が負担し、サービス提供についてのみ社会福祉法人等に委託されるにすぎないことから、「社会福祉各法によって公的責任で行われる事業は、たとえば社会福祉法人等によってサービスが提供さ

れるものであっても、憲法89条後段の慈善・博愛の事業にあたらないと解すべきである」、という。また、介護保険制度及び社会福祉各法の支援費制度によるサービスの提供も、その費用がこれらの制度による給付と利用者負担金によってまかなわれることから、慈善博愛の事業とはいえない、とする。⁽¹⁹³⁾ここでは、本条後段の「慈善」・「博愛」事業について、その意義を厳格に解し、「宗教的又は人道的な立場から純粋に慈善博愛の事業を行っている場合に限って公的助成を禁止している」との解釈が前提とされているかのようであり、このような限定的解釈は、さきにもた法制意見のそれを想起させるものがある。⁽¹⁹⁴⁾この理解は、最近の社会保障法学で共感を得ているが、⁽¹⁹⁵⁾ここには、「慈善」・「博愛」事業を限定的に解することで、社会福祉サービス一般を本条の「呪縛」から解放しようとする意図を読み取ることができよう。⁽¹⁹⁶⁾もともと、最近の社会保障法学説にあっても、これらの議論にふれつつ、社会福祉事業を本条にいう「慈善」・「博愛」事業にあたるものとする立場も見られる。⁽¹⁹⁷⁾

(b) 裁判例

次いで、裁判例にみる解釈について概観しておこう。

① 憲法八九条後段の趣旨と「公の支配」

本条後段にかかる裁判例として最初期のものには、千葉県市原市による、私立大学医学部附属病院誘致のための用地造成費用等にかかる公金支出等の合憲性が争われたものがある。千葉地裁は、憲法八九条後段の趣旨について、憲法は思想・良心の自由及び学問の自由を保障するとともに、本条後段によって財政面から、私的な慈善・教育・博愛事業の自主性・独立性を確保し、もって思想・良心及び学問に対する国家等の公正・中立性を確保しようとする

るものと解したうえで、「公の支配」の意味内容については、憲法一九・二〇・二三・二六条との関連等を総合勘案して決すべきものとし、「公の支配」に属する事業とは、国等が人事・組織・予算等につき根本的な支配をすることまでも必要とする趣旨ではなく、それよりも軽度の法的規制を受けていることをもって足りる、などとして、本件支出等を合憲とした（千葉地判昭六一・五・二八判時一二一六号五七頁）。

本条後段にかかる裁判例で、しばしば先例的意味で参照されるのは、権利能力なき社団たる幼児教室に対する土地等の無償貸与及び補助金支出の合憲性が争われた、東京高裁の判決である。この事件の第一審判決でも、本条にいう「公の支配」について興味深い判断が示されていた（浦和地判昭六一・六・九判時一二二一号一九頁）が、東京高裁は、次のような判示をしている。

まず、本条前段については、「国家と宗教の分離を財政面からも確保することを目途とするものであるから、その規制は厳格に解すべきである」。が、「同条後段の教育の事業に対する支出、利用の規制については、もともと教育は、国家の任務の中でも最も重要なものの一つであり、国ないし地方公共団体も自ら営みうるものであって、私的な教育事業に対して公的な援助をすることも、一般的には公の利益に沿うものであるから、同条前段のような厳格な規制を要するものではない」。本条後段の趣旨は、「公の支配に属しない教育事業に公の財産が支出又は利用された場合には、教育の事業はそれを営む者の教育についての信念、主義、思想の実現であるから、教育の名の下に、公教育の趣旨、目的に合致しない教育活動に公の財産が支出されたり、利用されたりする虞れがあり、ひいては公の財産が濫費される可能性があることに基づくものである」。これらをふまえると、「公の支配」の程度とは、「国又は地方公共団体等の公の権力が当該教育事業の運営、存立に影響を及ぼすことにより、右事業が公の利益に沿わない場合にはこれを是正しうる途が確保され、公の財産が濫費されることを防止しうることをもって足りるものと

いふべきである。右の支配の具体的な方法は、当該事業の目的、事業内容、運営形態等諸般の事情によつて異なり、必ずしも、当該事業の人事、予算等に公権力が直接的に関与することを要するものではないと解される」。また、「公の支配」の規制は、「右規制が法律によるものであることまでを求めているものではない」（東京高判平二・一・二九高民集四三卷一号一頁。なお上告書につき最判平五・五・二七保育情報二〇六号二五頁参照）。

ここでは、本条の前段と後段とで趣旨・規律の程度を区別し、かつ、「公の支配」については、事業について公の利益との適合性を求めつつ、公費濫用の防止のための統制とされており、憲法制定議会における理解を想起させる面のあるところが注目される。もつとも、「公の支配」の根拠が法律によることを要しないとする点は、検討の余地があるかもしれない。以後の裁判例では、本判決の解釈を踏襲するものがみられる（新潟地判平四・一一・二六行裁集四三卷一一・一二号一四六二頁、大阪地判平六・三・三〇判タ八六〇号一二三頁等参照）。

②「慈善」・「博愛」事業の意味

一方、「慈善」・「博愛」の事業に若干言及する裁判例として、大阪府箕面市における、箕面市遺族会に対する補助金支出等の合憲性が争われた事件がある。

この事件では、箕面市長が市社会福祉協議会（以下「市社協」という）を通じて市遺族会に補助金を交付したことなどにつき、市遺族会の宗教団体性を前提とした政教分離原則違反が争われた。原告らは、本件補助金交付が社会福祉事業法五六条一項に基づくものであるところ、①同規定に定める条例を制定せずに補助金が交付されたことが憲法八九条後段の趣旨に反すること、及び②仮に市遺族会が社会福祉団体であつて「慈善」・「博愛」事業に含まれるとすれば、市社協を通じた本件補助金交付は間接補助であり、公の支配に属しない「慈善」・「博愛」事業に対

する財政援助であるから、憲法八九条後段に反することなども主張していた（なお社会福祉事業法五六条一項所定の条例を欠く補助金交付につき、福島地判昭五二・七・二五行裁集二八卷六・七号七二〇頁参照）。

第一審判決（大阪地判昭六三・一〇・一四行裁集三九卷一〇号九九七頁）は、上記①については、本件交付は地方自治法二三二条の二に基づいてなされたものとみるべきところ、支出の適法性は同法条にいう公益上の必要性の有無のみにかかるものであるなどとして、違法性を否定した。また、②については、憲法八九条後段にいう「慈善」「博愛」事業とは、「肉体的又は経済的な弱者（老幼者・病人・貧困者等）を宗教的或は人道的な見地から主として物質的に援助する事業をいう」と解したうえで、市遺族会の活動を全体としてみた場合、その活動は「慈善」「博愛」の事業には当たらないとしている。

一方、その控訴審判決（大阪高判平六・七・二〇行裁集四五卷七号一五五三頁）は、①について、市社協に対する本件補助金交付自体は社会福祉事業法五六条に根拠を有するものであつて、条例は補助金交付についての手続を定めるものにすぎないことなどを考慮し、違法性を認めなかった。②については、第一審判決とほぼ同じ理由で、市遺族会の活動が「慈善」「博愛」事業に該当しないとしている。が、本判決では、「慈善」「博愛」事業の性質につき、次のようにいう点が興味を惹く。「ところで、憲法八九条後段の定める『慈善、博愛の事業』とは、老幼・病弱・貧困などによる社会的困窮者に対し、慈愛の精神に基づいて援助を与え、あるいは、疾病・天災・戦禍・貧困などに苦しむ者に対し、人道的な立場から救済や援護を行うような事業をいうものと解されるところ、社会福祉事業を行うことは、本来、憲法二五条の生存権保障の原則に基づいて社会福祉の向上・増進に努めるべき国の責務であるとも考えられるから、右の意味での『慈善、博愛の事業』に当たるかどうかは問題である」。

この理解は、すでにふれたように、「慈善」「博愛」事業の意義を限定的に解し、今日の社会福祉サービス等を

憲法八九条の対象外におこうとする一部の有力説と軌を一にするものようであり、学説からも注目されている。⁽¹⁹⁸⁾なお本件の最高裁判決は、上記①については原審の判断を是認し、②についても、市遺族会が「慈善」・「博愛」事業を行っているとはいえず、本件支出が本条に反するとの主張は前提を欠くとしつつ、原審の判断を是認している（最一判平一一・一〇・二一判時一六九六号九六頁）。

3 「公の支配」の意義と射程

以上、解釈論の展開を概観してきたが、これまでのところから明らかなように、八九条後段をめぐる解釈論は、実に様々な様相をみせている。こうしたなかにあつて、本条はいかに解釈すべきか。前節でみた憲法制定時の理解をふまえつつ、また、各解釈学説における論点も顧慮しながら、以下検討しよう。

（1）公金支出等許容規定としての憲法八九条後段

まず、本稿の見地からは、そもそも本条が公金支出等禁止規定であるのか否かが問題となる。

この点で各解釈論をみると、まず昭和二十四年二月意見では、「公の支配」につき、事業に対する「決定的な支配力」の有無を問題とし、公の機関がこれらの事業を行うことや、また公の機関が自ら事業を行っている実質を具えるものに援助を与えることは支障はないとされる点で、実質的に民間事業者への公金支出等が厳しく制限されていた。実際、Iでみたように、戦後初期の社会福祉行政にあつては、まさにこの点で政策担当者の苦悩があつたわけであるが、本条の立法趣旨につき嚴格説をとる場合でも、同様の問題が生じよう。一方、それ以外の学説では、「公の支配」の意味によって程度は大きく異なるものの、「公の支配」が及ぶことを条件とした公金支出等は、嚴格説

に比してかなりの範囲で許容されることとなる。すでにみたように、憲法制定当時の理解も、公金支出等が許容されることを前提としていた。

この点については、まず、多くの学説が指摘しているように、日本国憲法がいわゆる社会権規定を擁していることが確認されなければならない。そして、「慈善」・「博愛」事業と関係し、かつ社会権の総則的規定とされる憲法二五条は、「国権の作用に対し、一定の目的を設定しその実現のための積極的な発動を期待するという性質のもの」でもあること（最大判昭五七・七・七民集三六卷七号一二三五頁）に留意する必要がある。これらをふまえるなら、本条所掲の事業への公的支援を厳格に制限することが、憲法構造上当然に前提とされているということは困難であるように思われる。もっとも、「福祉国家」という国家観は、最高裁がしばしば依拠するにも拘らず（最大判昭四七・一一・二二刑集二六卷九号五八六頁、前掲最大判昭五七・七・七など参照）、その茫漠とした美名の観念ゆえに、安易な財政出動を許容し、かついたずらに国家が肥大化することにより、自由で活力ある社会を阻害しかねない点で、慎重に受け止めなければならない。⁽¹⁹⁹⁾しかしながら、「自由競争の結果として発生した社会的・経済的格差が固定化される弊害を除去して、再挑戦により新たな可能性が展開しうる社会を形成するためには、外的介入が要請されざるを得ない」⁽²⁰⁰⁾は⁽²⁰¹⁾ずである。社会保障制度の存在意義が、各人が自己の生を自律的・主体的に構想し、かつ達成する主体であり続けるための条件整備たるところにあるとすれば、個人の自律ないし自立を支援しようとする社会福祉事業であって民間事業者が行うものについて、公権力による支援が原則的に禁止されると考えることはできない。憲法制定時に、本条について必ずしも公金支出等を禁止するものではないと解されていたことは、当時の民間社会事業等をめぐる苦境をふまえてのことではあったにせよ、今日的見地から見ても慧眼であったというのは、過大な評価であろうか。

(2) 憲法八九条の立法趣旨―公費濫用防止説の意義

次いで問題とすべきは、「公の支配」の「意義」、すなわち本条の立法趣旨である。この点については、枢密院審議において、のちの解釈学説の源流ともいえるべき見解が示されていたが、法制意見や裁判例も含め、議論状況は実に百家争鳴の様相を呈している。

この点を考える上で、しかし、憲法制定時に通奏低音ともいえるべき地位を得ていた、本条が公費濫用防止に出たものであるという理解は、決して無視できない重要な示唆を与える。すなわち、本条はまず、そもそも憲法上「第七章 財政」中の規定であるという事実には十分留意する必要がある。そのうえで、第七章中で八九条後段に与えられた意味を考えなければならない。すでにふれたように、公費濫用防止説は、第七章の冒頭には、国会の財政決定権を定めた規定（八三条）がおかれる一方、国会の財政決定権も憲法上無制約ではありえず、国会は財政作用について憲法上課された制約に服することが憲法構造上予定されている、と解していた。具体的には、公費の徴収については租税法律主義（八四条）等をはじめとする租税にかかる原則があり、一方、公費の支出・公有財産の管理についても、憲法は一定の制約を課している、と解される。それが憲法八九条にはかならない。憲法八九条の憲法構造全体における位置付け、すなわち本条が、国会が有する財政決定権への憲法上の制約であると解するならば、憲法八九条後段が持つ意味を、公金支出にかかる公費濫用防止の趣旨にでたものと解するのは、決して不自然ではない。リゾーをはじめとするGHQ当局者から松本・金森両国務大臣、戦後憲法学における解釈学説、そして裁判例に至るまで、本条の趣旨を公費濫用防止と解する立場が絶えず存在してきたことには、相応の理由があったといわなければならない。

もつとも、こう解することについては、公費濫用という問題は財政支出一般の問題であるから、本条所掲の事業

に限って規定する必要もないはずである、との疑問があり得よう。たしかに、公費濫用防止説がこれらの事業への包括供与を抑制しようというのであれば、これらの事業以外でも、「利権行為が行われる危険は、慈善等の事業と同様に存在するはず」である。⁽²⁰²⁾ しかしながら、本条所掲の事業については、憲法制定議会の貴族院委員会における高柳「金森質疑応答に顕著であったように、「一番弊害ノ起リ易イ公益トシテ、弊害ヲ導キ易イモノダケニ限定スル」趣旨であつたことが想起されなければならない。憲法制定の当事者が、これらの事業について、その美名のもとに公金が濫費されることを懸念し、特に憲法的規律を及ぼそうとしたことは、それ自体としては決して不合理なことではないように思われる。社会福祉法人への補助金交付にかかる不祥事（平成八（一九九六）年）は、直接には贈収賄事件であつたにせよ（さしあたり東京地判平一〇・六・二四判時一六五〇号三八頁参照）、憲法制定の当事者の懸念が杞憂であつたとは言いい切れないことを示してはいないか。そして、樋口陽一教授も指摘するように、「日本の現状として、学校教育にせよ社会教育にせよ、私的事業への助成制度が、関係諸団体の圧力団体・集票機構化と、したがって政治過程の利益政治化を助長している一面があること」も、看過しえないであろう。⁽²⁰³⁾

もちろん、本条後段の趣旨については、解釈論上これ以外のものも成立しうる。が、まず、自主性確保説については、そもそも本条が財政条項の一であるにも拘らず、事業主体の自主性を尊重することをも規律対象とすべきことと解するのが妥当なのか、疑問が残る。また、小嶋博士が正当に指摘していたように、公金等の受給は私的団体の自主的意思に基づいてなされるはずであるから、公的支援が必然的に自主性の侵害を帰結するとはいいたくないように思われる。⁽²⁰⁴⁾ 一方、中立性確保ないし政教分離補完説については、前段と後段との関係を考えたとき、傾聴に値する見解ではある。しかしながら、欧米では格別、わが国にあっては、本条所掲の事業につき「特定の信念、主義、思想」と結びついている度合ははるかに小さ⁽²⁰⁵⁾いということも、十分考慮しなければならない。憲法制定議会

では、本条前段と後段とが趣旨の異なるものとして説明されていたが、当事者は期せずして特殊日本の状況に適合的な解釈を示していたことが留意されよう。また、のちにみるように、中立性確保ないし政教分離貫徹のための「公の支配」と公金支出等のあり方について、若干の疑問も生じる。なお学説には、社会福祉行政の展開をもふまえ、本条後段に日本の非軍事化という趣旨をも読み込もうとするものもある。⁽²⁰⁶⁾が、日本の非軍事化は占領政策全般の基本方向ともいえるものであり、これを直接本条の趣旨と解しうるかどうかは、史料研究等も含め、なお慎重な検討が求められよう。

(3) 「公の支配」のあり方―財政処分執行統制説の優位性

「公の支配」のあり方については、憲法制定時の理解では不明確なところが多く、具体的にはそれ以降の解釈論を手がかりに検討せざるを得ない。

しかしながら、以上のように、本条の趣旨について公費濫用防止に出たものと解するならば、「公の支配」のあり方についても、おのずとその方向が見えてこよう。すなわち、小嶋博士に代表されるように、「一般の財政処分が服するような執行統制にまで服することを条件とする」、「財政処分執行統制」としての「公の支配」と解する立場がそれである。もっとも、学説の中には、本条の立法趣旨について、公費濫用防止に加えそれ以外の要素をも読み込みつつ、「公の支配」について財政統制的見地とそれ以外の統制とを交錯させながら論じるものもみられることから、財政処分執行統制説以外の立場についても検討する必要がある。

まず、いわゆる嚴格説については、すでにふれたように、公金支出等が原則禁止となりうることに若干の躊躇を禁じ得ない。「その解釈枠組みでは、私的事業主体への公金支出等の全面禁止のみが論理的に無理のない解釈にな

り、無理に支出等が可能な場合があるように解釈しようとしても無理が生ずる」ことになりはしないか。⁽²⁰⁷⁾

一方、中立性確保ないし政教分離補完を目的とした事業統制説については、その趣旨を確保するための「公の支配」と公金支出等のあり方について、やや不明確な点が残る。というのも、この論者は規律の具体的内容について様々な点を述べてはいるが、これらの事項が公金支出等の条件とされることについて、論理的な関係が明らかでないように思われるからである。例えば、現行生活保護法四七条は、保護施設の義務として、要保護者の入所・処遇につき、人種、信条、社会的身分又は門地による差別的処遇の禁止（二項）と、宗教上の行為等への強制参加の禁止（三項）を規定する。⁽²⁰⁸⁾ 事業統制説は、こうした規制が事業に及ぶ限りで公金支出等を可とするもののようであるが、少なくとも生活保護法上の保護施設への補助は、これを要件とするものとは構成されていない（七四条参照）。また、社会福祉法は、そもそもこの種の事業統制条項を置いていないが（なお七二条参照）、にも拘らず社会福祉法人に対する助成は認められている（五八条）。事業統制説によれば、さきにふれた箕面市の事案（前掲大阪高判平六・七・二〇）と同様に、社会福祉法に根拠をおく市社協等の社会福祉法人への公金支出などは違憲とされるはずであるが、その帰結は妥当であろうか。このように考えると、本条所掲の事業にかかるこの種の統制と公金支出等の可否とは、論理的関係にあるものとはいえないように思われる。事業統制説の論者が挙げる統制事項の多くは、本条所掲の事業にかかる事業規制各法が対象とすべき規律事項であるのかもしれない。

また、いわゆる緩和説については、すでに学説が指摘する点が妥当しよう。すなわち、憲法二六条を軸として体系的に解釈しようとする立場については、権利規定が支援を要請するならば、その対象は事業の利用者ないし受益者であって、これが直ちに学校法人等の事業主体への助成を帰結するものではないように思われる。また各種教育法制等に着目する立場については、「公の性質」が「公の支配」と同視しうるか疑問が残る。⁽²⁰⁹⁾

なお、「公の支配」のあり方を論ずるものではないが、社会福祉事業がもはや「慈善」・「博愛」事業に該当するということはできないことから、憲法八九条の対象からこれらを除外すべきであると解する立場も、近時の社会福祉サービスの展開等、わが国の現状をふまえたとき、示唆に富む見解ではある。たしかに、さきにふれた法制意見（昭和二八年二月二一日意見）や裁判例（前掲大阪地判昭六三・一〇・一四）のように、「慈善」・「博愛」の事業について限定的に解するとすれば、本条が規律対象とする領域は極めて限られたものとならざるを得ず、今日社会福祉法人が行う社会福祉サービスにかかる公金支出等は殆ど対象外となる——社会福祉サービスを八九条の「呪縛」から解放しようとする立場は、まさにこの点を強調する——であろう（なお前掲大阪高判平六・七・二〇参照）。

しかしながら、これまで本稿で見てきたように、終戦直後の社会福祉行政確立期や憲法制定時において、社会福祉事業一般が「慈善」・「博愛」事業に該当することを前提として、民間社会福祉事業への公的助成と憲法八九条後段との関係が議論されてきたのであるから、今日社会福祉サービス一般が「慈善」・「博愛」事業に該当しないからといって、ただちにこれらを本条の対象から除外するというのは、やや早計の感を拭えないように思われる。わが国の民間社会福祉事業が民間慈善事業を源流として発展してきたことは、⁽²⁰⁾本条成立の経緯をもあわせるなら、看過しない点であろう。この見解が、社会福祉サービスの領域に多様な事業主体の参入を可能とすべく提唱されているとするならば、憲法八九条がこれらの領域をカバーすることを前提とした上で、なお多様な主体の参入促進を図る施策を講じることが不可能ではないことは、のちにみるとおりである。また、仮に社会福祉サービスを八九条の対象外とするとしても、憲法構造にてらしてみるとき、憲法八九条が国会の広汎な財政決定権を制約してまで規律しようとした事項とは、かように極めて限定された事業ないし領域にすぎないものであろうか。

以上をふまえるなら、「公の支配」の「意義」と「射程」とは、さしあたり次のように解釈できる。まず、憲法八九条後段は、「公の支配」が及ぶことを条件とした公金支出等を許容する規定であると解される。そして、「公の支配」とは、公金支出等にかかる公費濫用防止という「意義」を持ち、かつ、一般の財政処分が服するような執行統制といった、財政統制にかかる範囲で、その「射程」が及ぶこととなる。

*

*

*

こうして本稿は、公費濫用防止説及び財政処分執行統制説を支持するものである。この見地からみたとき、憲法八九条後段は、現在のわが国の状況、とりわけ本稿の関心である社会福祉基礎構造改革等の文脈において、いかなる今日の意味を持ちうるのだろうか。この点について、最後に、次節で簡単に検討しよう。

IV 憲法八九条後段の今日の意味

憲法八九条後段の今日の意味を考えると、いくつかの論点がありうる。本稿では、まず、制度論的次元として、社会福祉基礎構造改革で基本方向の一つとされた、「幅広い需要に応える多様な主体の参入促進」という点をどのように考えるべきかが問題となる。次いで、このような「多様な主体の参入促進」の理念的基礎ともいえるべき、いわゆる「市民社会」という観念にとって持つ意味についても、検討に値しよう。最後に、これまでの検討をふまえて、若干の示唆を試みたい。

1 供給主体の多元化と憲法八九条後段

(1) 解釈論的前提

本稿の支持する公費濫用防止説及び財政処分執行統制説を敷衍するならば、以下の点を指摘しうる。

まず、本条は公金支出等を原則禁止するものではなく、それを許容するものであることが前提とされよう。そして、「公の支配」が財政処分執行統制であるとすれば、かかる公権力の規制は、必ずしも事業主体への統制を前提としないものと解される。というのも、この立場は、「公金支出等に関する一般原則に基づいて処理せられるべきこと、つまり、使途統制に必要な限度で当該事業に『公の支配』が及んでいる場合には、公金支出等を認めることができる旨を明示したもの」、とすることから、規律対象はあくまで公金支出等にかかる使途ないし目的であって、昭和二四年二月意見や嚴格説とは異なり、事業主体全体への「決定的な支配力」をもって規制を及ぼすことまで要請していないからである。また、同じ理由で、「公の支配」は事業統制を目的とするものでもないこととなる。なぜなら、統制事項はあくまで公金支出等の目的等であって、いわば財務に必要な限りで事業それ自体へも統制が及ぶものの、中立性確保ないし政教分離補完説が念頭においていたような事業統制まで求めるものではないからである。

(2) 供給主体多元化の可能性

(a) 多様な供給主体への公的助成と憲法八九条後段

以上の解釈論を前提とすると、憲法八九条後段は、実は、「多様な主体の参入促進」を「阻害」するものではないか、との疑問が生じる。すなわち、公金支出等が許容され、かつ、「公の支配」が財政処分執行

統制という意味を持つものであるとするならば、理論的には、そもそも財政統制が及ぶ限りで多様な主体への助成が許容されるはずであって、またその限りで法人格の種類も限定されないはずだからである。

この点で、相応の歴史的経緯があったにせよ、現行法上の「慈善」・「博愛」事業にかかる助成対象が、本条解釈にとって唯一の選択肢であったのか、再検討の余地がある。すでにみた経緯からも知られるように、「憲法第89条は、戦後の措置制度に対して、その公的助成の分野でほぼ社会福祉法人等に限って公的助成を行うという制度を構築するのに大きな影響を及ぼした」⁽²¹³⁾。そして、社会福祉法人に対する公的助成を規定する社会福祉法五八条については、「本条により、社会福祉法人という『公の支配』に属すると解される法人に対し、補助金を支出したり、通常の条件よりも有利な条件によって貸付金の支出やその他の財産の譲渡や貸付けを行うなどといった助成ができる旨を規定したもの」⁽²¹⁴⁾と解説されている。しかしながら、本稿の理解からすれば、財政支出にかかる使途統制が及ぶ限り、少なくとも憲法上、支援に際して法人格の種類は問われないはずである。この見地からすれば、憲法八九条後段は、社会福祉法人という特定の法人格を有する主体のみならず、特定非営利活動促進法（平一〇法七）上の特定非営利活動法人（以下NPO法人という）など、社会福祉サービス供給に従事する、多様な法主体を支援する構造をはじめから許容するものであった、というように思われる。

（b）制度論的課題

憲法八九条後段の解釈問題として考えたとき、理論的には以上の点を指摘しうるが、具体的な制度論としてみたとき、なお若干の検討すべき論点がある。

①助成対象主体

裁判例では、公益性が確保され濫費を防止しうる「公の支配」が及ぶ限り、権利能力なき社団たる幼児教室への公的助成も本条に反しないこととされた（前掲東京高判平二・一・二九参照）。具体的事件の解決を目的とする司法権の判断としてみたとき、これを直ちに不当とはしがたいところがある。また、権利能力なき社団であっても、各団体の性格ないし実体に応じて個別具体的に考える余地もあろう。が、「85条（現行八九条）ハトカク美名ニカクレテアヤシイモノガアル、…素性ノ分カツテキルモノナライ、」（枢密院第七回審査委員会における松本答弁）との懸念に示されるように、本条の趣旨が公費濫用の防止にあつたことを想起するならば、財政支援の対象は、運営組織の適切性ないし経営の確実性などが法制上確保される主体であることが相応しいように思われる（なお後掲の平一三・八・二九老発第三一八号通知第二参照）。この点で、助成対象団体は少なくとも法人格は取得したものとすることが望ましいであろう。なお、ここで株式会社等への助成の可否が問題となりうるが、本稿の理解からすれば、財政統制の及ぶ限り、これを直ちに憲法上問題あるものとすることは難しいこととなるかもしれない。しかしながら、社会福祉政策の見地からは、なお慎重な考慮がなされなければならない。⁽²¹⁵⁾ また、地方公共団体が行う補助金等の交付については、「公益上必要がある場合」になしうること（地方自治法二三二条の二）とされていることとの関連で、主体の行う事業には、ある程度の公益性の確保が求められるかもしれない。⁽²¹⁶⁾

この点で、最近の動きとして興味深いのは、平成一三年度予算より、平成一六年度までの緊急措置として、痴呆性高齢者グループホームの施設整備にかかる市区町村による助成につき、NPO法人等に対する助成が許容され、これに国庫補助を行うこととされたことである（「NPO法人等に対する痴呆性高齢者グループホームの施設整備に係る助成について」平一三・八・二九老発第三一八号）。この通知では、助成を行う市区町村は、被助成法人の

予算・事業運営についての指導監督、必要に応じた予算の変更勧告、役員の解職勧告のほか、これらの勧告に法人が正当な理由なく従わない場合には、補助金等に係る予算の執行の適正化に関する法律(昭三〇法一七九。以下「適正化法」という)に準じた助成決定の取消等及び助成の返還をなしうる旨を助成要綱に明記することとされている(上記通知第四(2))。裁判例などの論理からすれば、地方自治法上の監督規定(一九九条六・七項等)のほか、助成要綱における上記の監督が及ぶ限りで、こうした助成が憲法八九条違反であるとはいえないこととなるのかもしれない。が、後述のように、制度論としては検討すべき点もあるように思われる。

②財政処分執行統制のあり方

次に、財政処分執行統制としての「公の支配」とはいかなるものなのかが問題となる。

この点で、まず、「公の支配」にかかる規制は法令によるものとすべきか否かが問われよう。というのも、そもそも地方公共団体にあつては、要綱のみによる補助金行政遂行の例が指摘され、さきにふれた痴呆性高齢者グループホーム施設整備補助にかかる監督も助成要綱に基づくものとされていたことなど、統制規範が法令によらないものがありうるからである。また裁判例では、「公の支配」の規制が法律によることまでを求めるものではないと解するものがみられた(前掲東京高判平二・一・二九)。社会福祉の領域にあつては、社会福祉法五八条等による監督規定があるほか、地方公共団体の補助については、適正化法、同法施行令(昭三〇政二五五)、厚生労働省所管補助金等交付規則(平一二厚生省・労働省令六)、そして社会福祉施設等施設整備費及び社会福祉施設等設備整備費国庫負担(補助)金交付要綱などによることとされ、⁽²¹⁸⁾財政統制立法がおおむね整備されていることから、これらが機能する

限りで、本条の要請は満たされることとなろう。もともと、「公の支配」が公費濫用防止を目途とする財政処分執行統制にあり、この点でその確実な実施が求められることや、行政法学における補助金交付と「法律の留保」にかかる分析⁽²¹⁹⁾などを参照するならば、制度論としてみたときには、要綱ではなく、法令に基づく統制を原則とする構成が望ましいように思われる。

次いで、財政統制の具体的なあり方について検討が求められる。本条の立法趣旨をふまえるならば、例えば、事業・会計状況の報告や、助成目的に照らして事業主体の予算が不適当とされるときに予算変更の勧告（社会福祉法五八条二項一・二号）といった財務にかかる規律事項とその発動は、助成目的達成の有無を監督するために不可欠であろう。もともと、『報告を徴する』⁽²²⁰⁾だけでは、財政上の『正確性・合規性』の『監督』として不十分であるとの指摘があることもふまえるなら、具体的統制の実施が終局的なものであることを前提としつつ、例えば現行生活保護法七四条二項一・二号のように、必要と認める事項にかかる業務・会計状況報告命令や、予算変更の指示など、やや規制の程度を引き上げることもありうるかもしれない。なお、社会福祉施設への施設整備補助については、補助申請に際し、本省と都道府県との間での事前協議を経て、補助金交付の内示が示達されてはじめて施設設置希望者が補助金交付の申請をするという、いわゆる事前協議・内示の仕組みが慣行として行われているようである（東京高判昭五五・七・二八行裁集三一巻七号一五五八頁、一五八〇―一五八一頁、前掲東京地判平一〇・六・二四判時一六五〇号三八頁、四一頁参照）。が、平成八年の社会福祉法人補助金交付をめぐる不祥事がこの過程に端を発したことをふまえるならば、この種の補助金交付決定過程の透明化ないし法制化も検討に値しよう（なお厚生省『施設整備業務等の再点検のための調査委員会報告書』（平成九年三月三十一日）第一部3参照）。

③利用者補助と憲法八九条後段

以上は事業主体への助成を念頭においた議論であるが、例えば支援費支給制度や介護保険制度のように、サービス利用者への直接補助という形式であれば、八九条後段による制約を回避することができ、こうした方式が進めば、八九条後段はもはや「阻害要因」とはならない、とする考え方が⁽²²²⁾ある。ここでは、これらの利用者補助ないし介護報酬に、施設整備にかかる補助をも含むことが念頭におかれているようである。⁽²²²⁾この方向にあつては、確かに社会福祉サービスが本条の「呪縛」から解放される可能性は高いであろう。また、現行の施設整備助成のあり方は、さきにふれた事前協議・内示の仕組みが典型であるように、行政による「需給調整方式」的色彩が強いように思われ、⁽²²³⁾多様な主体の参入促進を基本方向とする今後の社会福祉施策にそぐわない面もあることから、この考え方には積極的に評価されるべき面もある。もつとも、現行社会福祉法は、なお事業主体補助を許容する規定をおいていることから、事業主体への公金支出等にかかる財政統制のあり方を問う意義が、ただちに消滅するものとはいえないであろう。なお直観的な私見ではあるが、多様な主体の参入促進を容易にすることを考慮するならば、初期投資に着目した公的支援が今後一切不要となるということには、若干の躊躇を禁じ得ないところがある。⁽²²⁴⁾

2 「市民社会」の維持発展と憲法八九条後段

以上のような「多様な主体の参入促進」を図る傾向は、近時の法理論ないし政治哲学にみられる、いわゆる「市民社会」への期待とも軌を一にしているところがある。

(1) 「市民社会」論の諸相

(a) 「市民社会」への関心

「今日、法学・政治学研究の分野においても、また実際の法的・政治的シーンにおいても、市民社会に関しては、ますますその重要性が認識されてきている」、といわれる。⁽²²⁵⁾ 近時の「市民社会 (civil society)」観は、東欧での旧政体下で失われた社会観の復興という文脈で議論されているようであり、チャールズ・テイラー (Charles Taylor) によれば、それは、「国家から独立した自発的結社からなる連携 (a web of autonomous associations) であって、共通の関心事という点において市民が共に結びつき、その存在ないし行動さえも公共政策に影響を及ぼしうるもの」、とされる。⁽²²⁶⁾ こうした「市民社会」は、わが国の憲法学にあっても、国家意思形成のあり方をめぐる憲法理論の文脈において問題とされている。⁽²²⁷⁾

最近の政治哲学、特に欧米の文脈にあつては、共同体論 (communitarianism) と呼ばれる思潮のなかで、いわゆる「市民社会」への期待が語られている。例えば、マイケル・J・サンデル (Michael J. Sandel) は、アメリカの公共哲学においてリベラリズム (彼のいう手続的共和政 [procedural republic]) が支配的となった過程を、合衆国最高裁判例及び政治・経済施策等について建国期から分析し、現代アメリカ社会が道德観念等について希薄化し、また人々が生活の上で主体性を喪失する (loss of mastery) など、⁽²²⁸⁾ 「民主政への不満 (Democracy's discontent)」に直面しているという。これを克服するために、彼は、共和主義 (republicanism) 的政治理論に期待を寄せるのであるが、自己統治 (self-government) を復興させるために、公民的な活動の場を多様化し政治権力を分散させることなどが自己統治にとって有益であるとして、このような公的空間 (public spaces) は、⁽²²⁹⁾ 学校、職場、教会、労働組合及び社会運動等の、市民社会における様々な組織に求めなければならない、という。

一方、一般には同じく共同体論者の一人として位置付けられるマイケル・ウォルツァー(Michael Walzer)は、「市民社会」について、「強制的でなく人々が結びつく空間であつて、家族・信念・関心・イデオロギーといった目的で形成されるネットワーク関係群で満たされている空間でもあるもの」としたうえで、「市民社会」が、人の善き生のための基盤(settings)となることを指摘する。⁽²³⁰⁾ また、「福祉」にかかわる財の分配についても、社会における自発的結社等の参画を重視する。⁽²³¹⁾

いわゆる共同体論の含意は、本稿が関心を向ける社会保障制度のあり方にとつても、極めて示唆的な論点を提供するものである。⁽²³²⁾ ここでふれた傾向については、国家に代表される公的領域と、私的・経済的領域との間に、市民が担い手となる公共的領域を設定しようとする動きであるといわれ、こうした、「今後の方向性としては広く承認されていると思われる新たな市民的公共性をいかに位置づけるかは、自己の憲法理論を構築するに際して根幹にかかわる問題であるだけに、憲法学はこれからこの点について論じ続けていかなければならないであろう」、とされる。⁽²³³⁾

(b) 社会保障制度における「社会」の意義

これらの理論的動向とはやや関心が異なるものの、近時の社会保障法学でも、国家とは異なる主体として、あらためて「社会」の意義を問い直す試みがみられる。すなわち、これまでの社会保障法学が、社会保障法をともしれば国家と個人との二当事者関係の枠内でとらえてきた点を批判し、⁽²³⁴⁾ 「社会保障制度において、国家が唯一絶対の主体である必要はない。国家だけが社会ではない」、「社会と国家の機能の異同あるいは国家の役割を考察するうえで、社会保障制度における『社会』概念の検討が重要である」、⁽²³⁵⁾ という。こうした見地から、社会福祉事業につ

ても、その背景に、「そのような事業を形成するにいたった社会活動や社会集団が存在したのであり、それらの活動や集団による『社会連帯』が社会事業ないし社会福祉事業の中核的な要素であると考えられる」、とされる。また、「ここである『社会』は他者を疎外する内向きの社会集団の形成ではなく、そこに属していない他者にも開かれたより広い社会集団の形成を意味していると理解すべきであろう」、とされ、例えば社会福祉法人の機関決定にサービス受給者や労働者の意見を反映させるシステムの採用などが提言されている。⁽²³⁶⁾

社会保障法学にあつては、「負担のない社会保障は考えられないのであり、個々の国民の側では、社会保障についての負担面での合意にもとづいて、他者に対する負担を担う必要が出てくる」、とされ、「人々の生活を職域、地域あるいはより広い範囲での社会を視野に入れて確保しようとする原理を社会連帯原理として捉えれば、社会保障制度とは、そうした社会連帯の精神を具体化したものと捉えることができる」、といわれる。⁽²³⁷⁾ 社会連帯の意義については、最近の政治哲学をはじめ、憲法学でも関心が向けられているが、さきにふれた政治哲学の傾向とは文脈が異なるものの、これらの社会保障法学の動向は、「社会」に関心を向け、そこに社会保障制度の存在意義を見い出そうとする点で、本稿の見地からも興味深いものがある。

(2) 「市民社会」の維持発展と国家の支援

(a) 「市民社会」の脆弱性

このように、政治哲学の領域や法理論ないし実定法学において、あらたな公共的空間として注目を集める「市民社会」・「社会」であるが、しかし、過剰な期待は、しばしば深刻な落胆をもたらしかねない。というのも、これらの議論にあつては、「市民社会」が国家及び市場からそれぞれ相対的に自律し自立することが求められているよ

うにみえるが、国家から切り離された「市民社会」というものは、極めて不安定な空間となりかねないからである。ウォルツァーが説くように、そもそも「市民社会」にあつては、各結社・組織はその資金収集等の能力において対等ではなく(inequality)、またしばしば特定の事柄にのみ関心を向けるに過ぎないこともある(fragmentation)。そして「市民社会」での活動に参加する人々も、活動が断続的になりがちである(fitfulness)。(239) こうして、「市民社会」では、それ自身に委ねきりになると、不均衡な権力関係が劇的に現れる」こととなる。が、「これを克服することができるのは国家権力のみである」。(240) これは、「福祉」にかかる財の分配過程に自発的団体が参画する、配分過程の「社会化(socialization)」についてもあてはまる。すなわち、「社会化の目的は、「分配の」あらたな仕方―相互扶助のためのネットワーク及び組織を大規模に展開すること―を与えることにある。これは地方における民主政の実践を要請するものであるが、自発的結社の活動範囲を拡張する取り組みをも求めるものである。と同時に、これは、国家に対し、市民やボランティアによる事業を監督し(superintend)、助成する(subsidize)ことを求めるのである」。(241)

(b) 「市民社会」の維持発展と「公の支配」

「多様な主体の参入促進」を目的とする社会福祉基礎構造改革は、冒頭でふれたように、「日本国憲法が示す市民社会の原理に沿って、すべての国民に必要な福祉サービスの提供を可能とする土台を再構築しようとする試みであった」とされる。が、ウォルツァーの懸念が杞憂でないとするれば、「市民社会」ないし「社会」は、それ自体で自足的ないし自己完結的ではありえないのであつて、たとえ新たな公共空間として「市民社会」の存在意義が認められるとしても、そこで国家の役割が無用とされることはない、ということとなろう。すなわち、「市民社会」に

おける供給主体の多元的活動は、必ずしも自律的ないし自生的に維持・形成されるわけではないのであって、少なくとも各主体が活発かつ安定的に活動しうるよう、国家による一定の支援は不可欠となるはずである。

こうして、本稿が八九条後段理解として、本条が公金支出等を原則として禁止するものではなく、財政統制たる「公の支配」が及ぶ限りで公的助成を許容するものと解してきたことは、それ自体は法解釈論的帰結であるにせよ、必ずしもそれにはとどまらない意味を持つことになる。憲法八九条は、これまでの学説の疑念とは逆に、むしろ、「市民社会」の健全かつ活発な発展を維持するためには、国家による財政支援と、それに伴う監督・統制が不可欠であるという構造を予定していたという意味で、なお今日的意義を失っていないように思われる。

むすびにかえて

以上、本稿では、憲法八九条後段について、「慈善」・「博愛」事業をめぐる論点を中心に、その今日的意義を探ってきた。いわゆる占領管理体制期の社会福祉行政にあって、本条及び SCAPIN 775 は、民間社会事業への公金支出等を厳しく制限するものと解され、その制約を可能な限り回避する途が模索され、結果としてそれは、公的助成にかかる社会福祉行政の基本構造の形成に大きな役割を果たした。が、そこでは、本条がそもそも公金支出等を原則的に禁止するものとの理解が前提とされ、本条の具体的規律内容にかかる検討が不十分であったことなどが看取されたことから、本稿では、憲法制定時の当事者の理解やその後の学説等の展開を手がかりにこれらの点を検討し、本条が「公の支配」が及ぶ限りで公金支出等を許容するものであったことを前提としつつ、その立法趣旨を公費濫用防止ととらえ、かつ、「公の支配」を財政処分執行統制的見地から把握しようとした。この見地から、民間社会

福祉事業団体の多元化を促進ないし助成する途や、その理念的背景についても、若干の検討を試みた。

こうして本稿は、憲法八九条後段を、国会の広汎な財政決定権を憲法構造上制約する、財政統制規定として位置付けるものである。立法論的再検討が指摘されてきた本条は、むしろこの見地から再び光が当てられ、その規範的意義が再検討される必要がある。しかしながら、本稿は、将来議論されるかもしれない憲法改正において、本条が改正ないし削除されることを認めない趣旨ではない。公金支出等にかかる財政統制を憲法規範の次元で構造化することは決して意味のないことではないと考えるが、「民主政にあつては、今日の人民には、先の世代がした基本的選択をめぐって、自らの考えを変更する機会が与えられなければならない」、ともいえるからである。⁽²⁴²⁾が、少なくとも現行規定が維持される以上、本稿のような作業には、なにがしかの意味が認められるかもしれない。

(1) 一例を挙げると、芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法(第三版)』(岩波書店、二〇〇二年)三三五頁。

(2) 小嶋和司「法源としての憲法典の価値について」(初出一九七七年)、同『小嶋和司憲法論集三・憲法解釈の諸問題』(木鐸社、一九八九年)所収四八五頁、四八八頁、尾吹善人『寝ても覚めても憲法学者』(ファラオ企画、一九九二年)二六頁など参照。小嶋博士によれば、『公の支配』の対象になるなら一般被治者の筈で、『服する』というべきである。『公に属しない』なら意味明瞭であるが、『公の支配に属しない』は不明瞭である(小嶋・同論文四八九頁注(1))。

(3) 大石眞『議会法』(有斐閣、二〇〇一年)九四頁。もつとも、のちにみるように、アメリカ合衆国州憲法のうち本条後段に類似した規定を持つものがあることは、かねてより指摘されていた。

(4) 杉村章三郎「憲法の財政條項をめぐる諸問題」法律タイムズ一九四九年七月号三三三頁、三五頁。

- (5) 東京大学憲法研究会「憲法改正の諸問題」法学協会雑誌六七卷一号（一九四九年）七五頁（鈴木竹雄執筆。「」内は尾形補足。以下本文及び脚注において同様）。

- (6) 清宮四郎『憲法Ⅰ〔第三版〕』（有斐閣、一九七九年）二六六頁。

- (7) 尾吹善人『憲法教科書』（木鐸社、二〇〇一年〔第六刷〕）二二二頁。

- (8) 厚生省監修『平成二一年版厚生白書』（ぎょうせい、一九九九年）一五四頁。

- (9) 厚生省監修・前出注（8）一五八頁。社会福祉基礎構造改革の経緯等について、松本勝明「社会福祉基礎構造改革の方向」千葉大学法学論集一四卷四号（二〇〇〇年）一七頁、古川夏樹「社会福祉事業法等の改正の経緯と概要」ジュリスト二二〇四号（二〇〇一年）一〇頁、社会福祉法令研究会編『社会福祉法の解説』（中央法規出版、二〇〇一年）第一編など参照。なおその政策形成過程について、炭谷茂編著『社会福祉基礎構造改革の視座』（ぎょうせい、二〇〇三年）が興味深い。

- (10) 社会福祉法令研究会編・前出注（9）三六頁。

- (11) 社会福祉法令研究会編・前出注（9）「はしがき」（古都賢一執筆）。

- (12) 例えば、総合規制改革会議『中間とりまとめ―経済活性化のために重点的に推進すべき規制改革―』（平成一四年七月二三日）第2章2（3）参照。規制改革の議論では、こうした認識を踏まえ、規制改革の趣旨に沿う八九条後段解釈が示されている。福井秀夫「憲法八九条の意味と学校経営への株式会社参入に関する法的論点」自治研究七八卷一〇号（二〇〇二年）二六頁、鈴木良男「官製市場への民間参入」ジュリスト一二五〇号（二〇〇三年）一五頁、二〇頁など参照。

- (13) 堀勝洋『福祉改革の戦略的課題』（中央法規出版、一九八七年）一三四頁。

- (14) 憲法調査会『憲法制定の経過に関する小委員会報告書』（一九六四年）六〇一頁。

- (15) 例えば、倉田聡『医療保険の基本構造』（北海道大学図書刊行会、一九九七年）九―一一頁。菊地馨実『社会保障の法理 念』（有斐閣、二〇〇〇年）など参照。
- (16) この点につき、尾形健「高齢者医療制度改革の構想」（一）、（二・完）法学論叢一五〇巻一号（二〇〇一年）二七頁、一五〇巻五号（二〇〇二年）五四頁、同『福祉』問題の憲法学」ジュリスト一二四四号（二〇〇三年）一〇八頁、同『健康で文化的な最低限度の生活』水準のあり方をめぐって」社会保障法一八号（二〇〇三年）所収七頁を参照されたい。
- (17) 塩野谷祐一『経済と倫理』（東京大学出版会、二〇〇二年）三六九頁。
- (18) 尾形・前出注（16）『福祉』問題の憲法学」一〇九頁。
- (19) この点で、例えば、社会保障給付の保障のあり方につき、憲法二五条のみならず憲法二九条との関連をもふまえることの可否について検討が必要であろう。葛西まゆこ「エンタイトルメントとしての福祉」法学政治学論究六一号（二〇〇四年）三六三頁、三八三頁、小山剛「葛西まゆこ「年金改革関連法と憲法」法学セミナー五九八号（二〇〇四年）六八頁参照。なお中島徹「ニューデール・リベリズムの崩壊と財産権」大須賀明編『社会国家の憲法理論』（敬文堂、一九九五年）所収二二―一頁も参照。この点で、岩本一郎「生存権と国の社会保障義務」高見勝利ほか編『日本国憲法解釈の再検討』（有斐閣、二〇〇四年）所収二〇八頁、二二―二二三頁の分析が興味深い。
- (20) 憲法八九条後段理解については、笹川隆太郎教授の一連の論考が参照されなければならない。笹川隆太郎「日本国憲法第八十九条の原案のモデルについて」新正幸「鈴木法日児編『憲法制定と変動の法理（菅野喜八郎先生還暦記念）』（木鐸社、一九九一年）所収二〇七頁、同「公金支出の制限」高橋和之「大石眞編『憲法の争点（第三版）』（有斐閣、一九九九年）所収二七二頁、同「憲法第八十九条とモデル州憲法」石巻専修大学経営学部研究第一一卷一・二合併号（二〇〇〇年）一四九頁、同「憲法第八十九条の来歴再考」石巻専修大学研究紀要第一四号（二〇〇三年）六一頁参照。

- (21) 社会保障制度審議会『社会保障制度に関する勧告』（一九五〇年一〇月一六日）第四編参照。この定義をもって「社会福祉」を説明するものとして、例えば法令用語研究会編『有斐閣法律用語辞典（第二版）』（有斐閣、二〇〇〇年）六五〇頁参照。法律上の社会福祉事業の範囲にかかる史的展開につき、新田秀樹『社会保障改革の視座』（信山社、二〇〇〇年）所収第IV論文の分析が興味深い。なお西村健一郎『社会保障法』（有斐閣、二〇〇三年）四四三―四五一頁参照。
- (22) 社会福祉法令研究会編・前出注（9）六〇頁。
- (23) 占領期の福祉政策を扱うものとして、金澤良雄「管理下の厚生対策」日本管理法令研究第二号（一九四八年）一九頁、社会福祉研究所編『占領期における社会福祉資料に関する研究報告書（改訂版）』（社会福祉研究所、一九七九年）、村上貴美子『占領期の福祉政策』（勁草書房、一九八七年）、菅沼隆「米国対日救済福祉政策の形成過程」社会科学研究四五巻二号（一九九三年）一頁、同「SCAPIN七七五の発令」社会科学研究四五巻三号（一九九三年）一二七頁、同「生活保護法（旧法）の形成過程」社会科学研究四五巻五号（一九九四年）一五九頁、江口隆裕『社会保障の基本原則を考える』（有斐閣、一九九六年）第一章、小野浩「GHQ占領期福祉改革における『公私分離』政策の展開過程」総合社会福祉研究一五号（一九九九年）八六頁、北場勉『戦後社会保障の形成』（中央法規出版、二〇〇〇年）第一部第二章・第二部及び第三部など参照。以下の史的展開にかかる論述は、主に厚生省五十年史編集委員会編『厚生省五十年史（記述篇）』（厚生問題研究会、一九八八年）第三篇第一章第一節・第四章等に負うところが多い。
- (24) “General Order No.1, Military and Naval”, VI (a) (2 Sep. 1945). 『総司令部指令覚書類』（国立国会図書館憲政資料室所蔵。以下本文書について同じ）（一九四五年九月）所収。竹前栄治監修『GHQ指令総集成第二巻 SCAPIN 1・400』（エムティ出版、一九九三年）所収一頁参照。なお高野雄一「指令第一號（一般命令第一號、陸海軍）」日本管理法令研究第一卷第一号（一九四六年）一〇二頁も参照。

- (25) SCAPIN 151, "Materials, Supplies, and Equipment to be turned Over to the Imperial Japanese Government by Allied Forces" (16 Oct. 1945). 『総司令部指令覚書類』(一九四五年一〇月) 所収。竹前監修・前出注(24) 所収二二七頁。
- (26) SCAPIN 333, "Reserve supplies held for relief distribution" (22 Nov. 1945). 『総司令部指令覚書類』(一九四五年十一月) 所収。竹前監修・前出注(24) 五二四頁。以下、SCAPIN 775 へ至るまでのGHQ発出指令の展開については、村上・前出注(23) 第一章、菅沼・前出注(23) 「米国対日救済福祉政策の形成過程」、同・前出注(23) 「SCAPIN七七五の発令」に負う。
- (27) SCAPIN 404, "Relief and Welfare Plans" (8 Dec. 1945). 竹前栄治監修『GHQ指令総集成第三卷 SCAPIN 401-800』(エムティ出版、一九九三年) 所収六三八頁。なお参照、田中二郎「救護及厚生計畫に關する覺書」日本管理法令研究第一卷第六号(一九四六年) 六二頁。
- (28) 「生活困窮者緊急生活援護ニ関スル件」(昭和二〇年二月一五日閣議決定)、『公文類聚』第六九編(昭和二〇年) 第六九卷・賞恤部門(賑恤・救護) 所収(国立公文書館所蔵)。小山進次郎『改訂増補生活保護法の解釈と運用(復刻版)』(社会福祉協議会、一九七五年) 所収二二一―四頁参照。なお参照、C.L.O. 1092, "Reserve Supplies held for Relief Distribution" (14 Dec. 1945). 外務省公開外交記録『連合軍司令部往信綴』(本稿は、国立国会図書館憲政資料室所蔵のものによる。以下本文書について同じ)(昭和二〇年二月七日、昭和二〇年二月二八日) 所収。竹前栄治監修『外務省記録「連合軍司令部往信綴」 GHQへの日本府対応文書第二卷・昭和二〇年一月一日―二月二〇日』(エムティ出版、一九九四年) 所収一六六〇頁参照。
- (29) 『救済福祉ニ関スル件』(昭和二〇年二月三十一日)、小山・前出注(28) 所収一四一―一五頁、C.L.O. 1484, "Relief and Welfare Plans" (Dec. 31, 1945). 外務省公開外交記録『連合軍司令部往信綴』(昭和二〇年二月二七日、昭和二〇年二月三十一日)

所収。竹前栄治監修『外務省記録「連合軍司令部往信綴」 GHQへの日本政府对応文書第三卷・昭和二〇年二月二一日―昭和二一年二月二八日』（エムティ出版、一九九四年）所収二〇二二頁参照。

(30) 小山・前出注(28) 一四頁。

(31) SCAPIN 775, "Public Assistance" (27 Feb. 1946). 『総司令部指令覚書類』（一九四六年二・三月）所収。竹前監修・前出注(27) 所収一一七〇頁、社会福祉研究所編・前出注(23) 一二三頁参照。なお小山・前出注(28) 一五―一六頁、田中二郎「國家扶助に關する覺書」日本管理法令研究第一卷第八号（一九四六年）六五頁参照。

(32) 厚生省五十年史編集委員会編・前出注(23) 五八三頁。なお菅沼・前出注(23) 「米国対日救済福祉政策の形成過程」一頁参照。

(33) 連合国最高司令官総司令部公衆衛生福祉局「政府の私設社会事業団体に対する補助に關する件」（一九四六年一〇月三日）（社会福祉研究所編・前出注(23) 所収一三四―一五頁）。

(34) 北場・前出注(23) 一五七頁。

(35) 厚生省五十年史編集委員会編・前出注(23) 七四五頁、北場・前出注(23) 一二八―一二七頁など参照。

(36) 厚生省五十年史編集委員会編・前出注(23) 七五四頁。

(37) 小山・前出注(28) 七七七頁。

(38) 佐藤達夫（佐藤功補訂）『日本国憲法成立史 第三卷』（有斐閣、一九九四年）二六〇頁注(2)。

(39) 「葛西嘉資氏の「証言」」社会福祉研究所編・前出注(23) 所収二七八頁、二八三頁。

(40) 法務府『法務総裁意見年報第一卷』所収一四二頁。

(41) 児童福祉法（昭和二三法一六四）では私設児童福祉施設に対する補助規定がそもそもおかれなかったため、民間団体への

公的助成禁止の傾向がいつそう強まった（小山・前出注（28）八〇七頁参照）。なお、本文で触れた地方自治法二三〇条は、昭和三八（一九六三）年の改正により、この規定が憲法八九条を受けて念のために規定されていたところ、憲法が直接働いている限り、別段念のための規定をおかなくともよいとされたため、削除された（自治省行政局行政課編『改正地方自治法詳説』（帝国地方行政学会、一九六三年）一七九頁）。

（42） 小山・前出注（28）八〇七頁。

（43） 小山・前出注（28）八〇九頁。

（44） 厚生省五十年史編集委員会編・前出注（23）七六〇―七六一頁。

（45） 北場・前出注（23）四〇頁、五三頁注（19）。

（46） 増田雅暢「福祉サービスと供給主体」日本社会保障法学会編『講座社会保障法第三巻 社会福祉サービス法』（法律文化社、二〇〇一年）所収一〇四頁、一〇八頁。

（47） 厚生省五十年史編集委員会編・前出注（23）七六〇頁。

（48） 小山・前出注（28）七三頁。社会福祉法人制度の展開については、増田雅暢「今日の福祉状況と社会福祉法人の意義」社会福祉研究七二号（一九九八年）二八頁、行政法制研究会「社会福祉法人」判時一七九三号（二〇〇二年）一七頁、北場・前出注（23）第三部、増田・前出注（46）など参照。

（49） 木村忠二郎『第二次改定版社会福祉事業法の解説』（時事通信社、一九六二年）一七六頁。

（50） 増田・前出注（48）三〇頁、同・前出注（46）一一三―一一四頁。

（51） 北場・前出注（23）一九三―二〇一頁。

（52） 木村・前出注（49）二二三―二二六頁。ただし、「災害によつて破損した場合において、緊急にこれを復旧する必要がある

ると認めるとき」という助成要件は、社会福祉事業振興会法（昭二八法二四〇）付則一七により単に「必要があるとき」と改正され、本稿が依拠する木村・同書もこれを前提として解説している。

(53) 福田繁・安嶋彌『私立学校法詳説』（玉川大学出版部、一九五〇年）二〇三頁。

(54) 福田・安嶋・前出注（53）三頁。

(55) 福田・安嶋・前出注（53）三五頁。なお私立学校法の公的助成規定制定の経緯については、同書三〇―三九、二〇三―二〇五頁のほか、安嶋彌『戦後教育立法覚書』（第一法規出版、一九八六年）第Ⅱ章など参照。

(56) 北場・前出注（23）一五八頁。

(57) 行政法制研究会・前出注（48）一八頁。

(58) 社会福祉法令研究会編・前出注（9）一一頁。

(59) 加藤智章ほか『社会保障法（第二版）』（有斐閣、二〇〇三年）二一九頁（前田雅子執筆）。

(60) 松本・前出注（9）二五、三四―三五頁。ただし、加藤ほか・前出注（59）二二〇頁（前田執筆）など参照。

(61) 中央社会福祉審議会社会福祉構造改革分科会『社会福祉基礎構造改革について（中間まとめ）』（平成一〇年六月一七日）Ⅲ 1（3）（厚生省社会・援護局企画課監修『社会福祉基礎構造改革の実現に向けて』（中央法規出版、一九九八年）所収六頁、一二頁）。

(62) 支援費制度の概要については、社会福祉法令研究会編・前出注（9）三八九頁以下、足利聖治『支援費制度について』家庭裁判月報五五巻八号（二〇〇三年）一頁など参照。その法的論点等につき、倉田聡『これからの社会福祉と法』（創成社、二〇〇一年）第二章第二節、同『支援費制度をめぐる法律問題』ジュリスト二二〇四号（二〇〇一年）一九頁、正田彬『『措置から契約へ』支援費制度の問題点』（上）・（下）ジュリスト二二四八号（二〇〇三年）六四頁、一二四九号（二

〇〇三年）一三二頁、江口隆裕「支援費支給制度と憲法89条」ジュリスト一二五二号（二〇〇三年）二頁など参照。なお福祉サービス利用契約制度にかかる法的問題一般につき、菊池馨実「『措置から契約へ』が意味するもの」月刊福祉二〇〇一年一月号一〇頁など参照。

(63) 足利・前出注(62)三頁。

(64) 増田雅暢『「新版」わかりやすい介護保険法』（有斐閣、二〇〇〇年）七―八頁。なお介護保険の給付システムと支援費支給制度の相違につき、倉田・前出注(62)『「これからの社会福祉と法」九九―一〇二頁、同・前出注(62)「支援費支給制度をめぐる法律問題」二〇―二二頁の分析が興味深い。

(65) 社会福祉法令研究会編・前出注(9)三九〇頁。

(66) 堀・前出注(13)一四三、一四五頁。

(67) 江口・前出注(62)五頁。ただし、社会福祉法は、社会福祉事業法と同様、補助金等の助成につき、「公の支配」に属するとされる社会福祉法人のみを対象としており(五八条)、この限りではこれまでの社会福祉行政の枠組みを維持していると見ることもできよう。

(68) 宮内義彦「規制改革の課題と展望」ジュリスト一二五〇号（二〇〇三年）六頁。

(69) 特区法の概要及び論点について、さしあたり、高橋幸生「構造改革特区制度の創設」時の法令一六九三号（二〇〇三年）六頁、八代尚宏「構造改革特区の評価と課題」ジュリスト一二五〇号（二〇〇三年）八頁、同『規制改革』（有斐閣、二〇〇三年）第二章、鈴木・前出注(12)、春名史久「構造改革特区の今後の展望」ジュリスト一二五〇号（二〇〇三年）二二頁など参照。

(70) なお地方公共団体におけるPFI事業では、社会福祉施設にかかる事業数が九に上るという（平成一五年（二〇〇三年）

九月二四日現在)。猪野積「地方公共団体におけるPFI事業の現状と課題」自治研究八〇巻三号(二〇〇四年)四三頁、四九頁表—2参照。PFI法にかかる法的論点につき、小幡純子「公物法とPFIに関する法的考察」小早川光郎＝宇賀克也編『行政法の発展と変革(塩野宏先生古稀記念)・上巻』(有斐閣、二〇〇一年)所収七六五頁、稲葉馨「公の施設法制と指定管理者制度」法学六七巻五号(二〇〇三年)三九頁など参照。

(71) 内閣官房構造改革特区推進室『構造改革特別区域法逐条解説』(平成一五年一月二九日)八〇頁(<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/kouzou2/sankou/hou/>)。

(72) この点につき、八代・前出注(69)『規制改革』六六頁参照。

(73) なお参照、八代・前出注(69)『規制改革』一六六—一六七頁、厚生労働省社会保障担当参事官室「規制改革と厚生労働行政」ジュリスト一二五〇号(二〇〇三年)四五頁、四六頁。

(74) 北場・前出注(23)三〇三頁。ただし、こうした影響は措置制度の一側面に対してであって、憲法八九条が措置制度創設の直接的原因であると評価することについては、なお留保が必要であろう(同書三〇三—三〇四頁参照)。

(75) 新田・前出注(21)二二五頁—二二六頁注(24)。

(76) 法務府・前出注(40)一四六頁。

(77) 安嶋・前出注(55)九一—一〇〇頁。もっとも、私立学校法の解説書では、「私立学校法は、憲法の解釈について必ずしも理論的に割り切っていないように思われる」とする一方、同法五九条の前提となる憲法八九条後段の解釈については、のちにみる憲法制定議会における金森徳次郎答弁等の見解をとっている、とされている(福田＝安嶋・前出注(53)二〇五頁)。

(78) 小嶋和司『憲法概説』(良書普及会、一九八七年)五一四頁は、私立学校法及び私立学校振興助成法について、この点を

指摘する。

- (79) 佐藤達夫『日本国憲法成立史 第一巻』(有斐閣、一九六二年)序章、佐藤ほか・前出注(38)序章参照。
- (80) 大石眞『憲法史と憲法解釈』(信山社、二〇〇〇年)一〇三頁、同『日本憲法史』(有斐閣、一九九六年)二六九―二七一頁参照。
- (81) 土井真一「憲法解釈における憲法制定者意思の意義」(二)法学論叢一二三―二五頁(一九九二年)一七頁以下、特に一九二〇、二四―二五頁参照。
- (82) 小嶋・前出注(78)五一―四頁。
- (83) "Constitution of Japan (12 February 1946)", in *SCAP Files of Commander Alfred R. Hussey*, Doc. No.12. (国立国会図書館憲政資料室所蔵。以下本文書につき同じ) 憲法調査会・前出注(14)六九九頁以下、高柳賢三ほか編著『日本国憲法制定の過程Ⅰ』(有斐閣、一九七二年)二六六頁以下など参照。翻訳は、国立国会図書館憲政資料室所蔵・佐藤達夫文書三五、「日本国憲法(マ草案外務省仮訳)」による。この文書の冒頭には、「二月一三日、吉田外相、松本國務相等がホイットニー等から受けとった英文の外務省譯。一二五部印刷、閣議で配布のもの。〔以下略〕」と記されている。
- (84) See Alfred R. Hussey Papers (section 3-B), Original draft texts of Japanese Constitution prepared by Constitution drafting committee, SCAP Government Section (3-B-209), 24-D-1-2, 24-D-2-2, in *Framing the Constitution of Japan: Primary Sources in English, 1944-1949* (Bethesda, MD: Congressional Information Service, 1989). 犬丸秀雄監修『日本国憲法制定の経緯』(第一法規出版、一九八九年)八六頁参照。
- (85) "Original Drafts of committee reports", in *SCAP Files of Commander Alfred R. Hussey*, Doc. No.8. 高柳ほか・前出注(83)一六六―一七一頁。

- (86) 高柳ほか・前出注(83) 四一二頁、憲法調査会・前出注(14) 六四五頁など参照。
- (87) 憲法調査会・前出注(14) 三〇二頁。
- (88) 例えば、小川政亮「憲法上よりみた私的社會事業に対する公金支出の問題」(初出一九五一年)、同『社會保障權と福祉行政』(ミネルヴァ書房、一九七四年) 所収二五一頁、法学協會編『註解日本國憲法(下)』(有斐閣、一九五四年) 一三三二—一三三三頁、北場・前出注(23) 第四部第一章、青柳幸一「憲法八九條後段と『協働』社會」ホセ・ヨンパルトほか編『法の理論18』(成文堂、一九九九年) 所収八七頁、一〇六頁以下など参照。
- (89) 笹川・前出注(20)「日本國憲法八九條の原案のモデルについて」参照。See An Act To provide a civil government for Porto Rico, and for other purposes, Pub. L. No. 368, § 2, 39 Stat. 951, 951-952(1917).
- (90) 笹川・前出注(20)「憲法第八十九條の來歴再考」六九—七二頁。
- (91) 本稿は、次の文獻に登載されていたモデル州憲法第三版による。See "Appendix : A Model State Constitution", In New York State Constitutional Convention Committee, *Constitutions of the States and United States* (Albany, NY : J. B. Lyon Company, printers, 1938), 1815-1828.
- (92) 笹川・前出注(20)「憲法第八十九條の來歴再考」六八頁。
- (93) 青柳・前出注(88) 一〇六頁。
- (94) "Summary Report on Meeting of the Government Section, 6 Feb. 1946.", in *SCAP Files of Commander Alfred R. Hussey*, Doc. No. 7. 高柳ほか・前出注(83) 所収一二六—一二三頁参照。本部引用の箇所は、一九四六年二月六日付の議事要録に記載されているものの、当該箇所は同年二月五日付の議事要録に付加すべきことが欄外に記載されている。なお参照、村川一郎＝初谷良彦『日本國憲法制定秘史』(第一法規出版、一九九四年) 二七—二八頁、九五—九六頁。

- (95) 笹川・前出注(20)「日本国憲法第八十九条の原案のモデルについて」二二四—二二五頁参照。
- (96) 国立国会図書館憲政資料室所蔵「日本国憲法制定に関する談話録音③フランク・リゾー談話」。本録音には、談話内容の要旨(日本語)と談話内容をテープから起こした文書(英語)が付されており、本文の引用はこれらによったが、これらの要旨及び資料は、省略等により必ずしも談話録音内容を完全に再現するものではない。なお参照、笹川・前出注(20)「日本国憲法第八十九条の原案のモデルについて」二二九—二三〇頁(補注)。
- (97) C・F・サマス(竹前栄治編訳)『DDT革命』(岩波書店、一九八六年)三四二頁。なお財団法人社会福祉研究所が一九七七年に行ったサマスへのインタビューでも、彼は同趣旨の回答をしている。「クロフォード・F・サマズ博士の証言」社会福祉研究所編・前出注(23)所収二〇七頁、二二二頁。
- (98) 「ネルソン・B・ネフ氏の証言」社会福祉研究所編・前出注(23)所収二三二頁、二三三頁。本文引用の箇所では、国家(公的)責任原則の意義に重点がおかれているかのである。なお旧生活保護法制定時のネフ及び加藤シズエの救済理念につき、菅沼・前出注(23)「生活保護法(旧法)の形成過程」一六三—一六六頁、遠藤美奈『健康で文化的な最低限度の生活』再考」社会保障法一八号(二〇〇三年)所収一三七頁、一三八—一四〇頁参照。
- (99) ネフ自身、憲法八九条について質された際、「その第89条がどんなふうに解釈されるものか、私はわかりません。だれが考えたのかも知りません」と答えている(社会福祉研究所編・前出注(23)一三三頁)。
- (100) 佐藤ほか・前出注(38)三七六—三七七頁。
- (101) 佐藤ほか・前出注(38)四一二頁。
- (102) 佐藤ほか・前出注(38)第四章、諸橋襄「枢密院に於ける日本国憲法審議」(一)——(四)自治研究三一巻五号三四頁、六号三二頁、七号五三頁、八号六五頁(一九五五年)、村川一郎編著『帝国憲法改正案議事録』(国書刊行会、一九八六年)

など参照。

- (103) 国立国会図書館憲政資料室所蔵・佐藤達夫関係文書二二一、一、「憲法改正枢密院議事録A『昭和二一、四一五 憲法改正草案枢密院審査委員会審査記録(その三)(未定稿)』」による(以下『審査記録』と引用する)。

- (104) 国立国会図書館憲政資料室所蔵・佐藤達夫関係文書二二四一、「憲法改正枢密院議事録B」による。以下本文中の引用のうち、第七回審査委員会分については本文書の五月一二日分の「午后」とある部分から、第八回審査委員会分については「五月十五日 午前」とある部分から、それぞれ該当箇所を引用している。引用の際は、便宜上本文中に「佐藤記録」と明示する。

- (105) 『審査記録』三二―三三頁。なお村川編著・前出注(102)一三四―一三五頁、諸橋・前出注(102)「枢密院に於ける日本国憲法審議」(三)五五頁参照。

- (106) 『審査記録』三三―三三頁。なお佐藤ほか・前出注(38)四一三頁参照。

- (107) 『審査記録』三九―四〇頁。なお村川編著・前出注(102)一四九頁、佐藤ほか・前出注(38)四二―四一三頁参照。

- (108) 『審査記録』四一頁。なお村川編著・前出注(102)一五〇頁、佐藤ほか・前出注(38)四一三頁参照。

- (109) 憲法調査会『憲法制定の経過に関する小委員会第二十八回議事録』(一九五九年)三五頁(佐藤達夫参考人)。

- (110) 佐藤ほか・前出注(38)二九七―二九八頁。

- (111) 大石眞「宗教と財政をめぐる憲法問題」(初出一九九〇年)、同『憲法と宗教制度』(有斐閣、一九九六年)所収二六二頁、二七五頁。

- (112) なお安嶋・前出注(55)八一―八三頁参照。

- (113) 佐藤ほか・前出注(38)三九五頁注(1)、四四七頁参照。

- (114) 国立国会図書館憲法資料室所蔵・佐藤達夫関係文書七九、法制局『憲法改正草案逐條説明(第五輯)』(昭二一 五月)による。
- (115) 国立国会図書館憲政資料室所蔵・佐藤達夫関係文書七七、法制局『憲法改正草案に関する想定問答(第七輯)』(昭和二十一年五月)による。なお佐藤ほか・前出注(38)四八六頁参照。
- (116) なお、これに続いて、神社、寺院又は仏堂に対する国有地の無償貸付・譲与が禁ぜられるかにつき、「答 然り。したがって現在これに該当するものについては、氏子や信徒等において適当な善後策を講ずることを必要としよう。(国有財産法五三、二四、昭和十四年法律第七十八號一参照)」とある。なお社寺等にかかる国有境内地等をめぐる論点につき、最大判昭三三・一二・二四民集一二卷一六号三三五二頁、最三判昭四九・四・九判時七四〇号四二頁、大石・前出注(80)『憲法史と憲法解釈』第三部など参照。
- (117) 佐藤ほか・前出注(38)四六四頁注(1)。
- (118) 国立国会図書館憲政資料室所蔵・佐藤達夫関係文書二二七―一、「枢密院改正審議1・枢密院改正審議草案1」による。なお佐藤ほか・前出注(38)四八六頁注(1)参照。本条にかかる書込みには、このほか、「慈善、教育若しくは博愛の事業」の文言の箇所に、「(宗教団体の支配に属する)」(同文言冒頭部分に書込み)、「宗教ノ附属的ノ場合モアル」などのものがみられる。
- (119) 佐藤達夫(佐藤功補訂)『日本国憲法成立史 第四卷』(有斐閣、一九九四年)五五五頁。
- (120) 以上、『第九十回衆議院帝國議會衆議院帝國憲法改正案委員會議録(速記)』(以下、『衆議院委員會議録』と引用する)第六回「八七頁。なお参照、清水伸編著『逐条日本国憲法審議録 第三卷』(有斐閣、一九六二年)六六七―六六八頁。
- (121) 『衆議院委員會議録第十四回』一二六三、二五九頁。清水編著・前出注(120)六六五―六六六頁、六六八―六六九頁。

- (122) 『衆議院委員会議録第七回』一〇六—一〇七頁。清水編著・前出注(120) 六六四—六六五頁。
- (123) 佐藤ほか・前出注(119) 八八五頁。
- (124) 『第九十回帝國議會貴族院帝國憲法改正案特別委員會議事速記録』(以下『貴族院委員会議録』と引用する) 第二十一號一〇—一一頁。なお参照、清水編著・前出注(120) 六六九—六七二頁。
- (125) 『貴族院委員会議録』第二十一號一四—一五頁。清水編著・前出注(120) 六六六—六六七頁。
- (126) 大石・前出注(80) 『憲法史と憲法解釈』一四二頁。
- (127) なお、最近の法律辞典によれば、“charitable”につき、「一般的な公共目的に供されること。通常、享受した利益の対価を支払えない困窮者 (needy people) のためになされる」との説明もみられる。See Bryan A.Garner et al. eds., *Black's Law Dictionary* (7th ed.) (St. Paul, Minn.: West Group, 1999), at 228.
- (128) もっとも、本条解釈をめぐり、制定過程中のどこかの時点で、GHQ当局者と日本政府側との間で何らかの意見交換がなされた可能性を一切否定することはできないであろう。
- (129) 本条に関する法制意見は、憲法調査会事務局『憲法関係法制意見集(憲資・総第一九号)』(一九五八年) 五四—九二頁、前田正道編『法制意見百選』(ぎょうせい、一九八六年) 六一七—六二六頁(本条前段にかかわるもの)、六三三—六四二頁(本条後段にかかわるもの)などに収録されている。前田編・同書には、これらの意見について黒川正浩氏による解説(前段につき六二六—六三二頁、後段につき六四二—六五〇頁)が付されている。
- (130) なお本意見は、結論として、宗教団体等に対して官公立学校の施設を利用させることは許されないが、公の機関が主催する行事に、これらの団体が参加することなどはこの限りでない、としている(法務府・前出注(40) 一四七—一四八頁)。
- (131) 安嶋・前出注(55) 八四頁。

(132) 昭和二四年五月三〇日法務庁調意一発第三一号・文部省事務次官伊藤日出登あて法務調査意見長官兼子一回答。法務府『法務総裁意見年報第二巻』所収一〇三頁、一〇四―一〇五頁。

(133) 昭和三二年二月二日法制局一発第八号・文部省社会教育局長福田繁あて法制局第一部長亀岡康夫回答。法制局『法制局意見年報第五巻(昭和三一年度)』所収一六六頁、一六八―一六九頁。

(134) 宮沢俊義(芦部信喜補訂)『全訂日本国憲法』(日本評論社、一九七八年)七四四―七四五頁など参照。

(135) 昭和二八年二月二日法制局一発第一八号・自治庁次長鈴木俊一あて法制局次長林修三回答。法制局『法制局意見年報第一巻(昭和二七年度)』所収一三六頁、一三七頁。

(136) 昭和二五年二月七日法務府法意一発第一二号・神奈川県知事内山岩太郎あて法制意見第一局長岡咲恕一回答。法務府『法務総裁意見年報第三巻第一号』所収六六頁、六七―六八頁。本意見では、私設社会事業に対して県が金庫を設けて公金を有利に貸し付けたり、寄付又は補助をすることについても、憲法八九条後段に抵触するとの解釈が示されている(同六八頁)。

(137) 前者につき昭和二四年一月九日法務府法意一発第六五号・林野庁長官三浦辰雄あて法制意見長官佐藤達夫回答(法務府・前出注(132)所収三三八頁)、後者につき昭和二六年三月二八日法務府法意一発第一二号・国民金融公庫総務部長水谷登代七あて法制意見第一局長高辻正巳回答(法務省『法務総裁意見年報第四巻』所収五五頁)。

(138) 法務府・前出注(132)一〇五頁。

(139) 昭和三四年七月八日法制局一発第一八号・自治庁行政局長藤井貞夫あて法制局第一部長山内一夫回答。法制局『法制局意見年報第八巻(昭和三四年度)』二七頁。このほか、宗教団体に関わる意見として、昭和二四年七月二八日法務府法意一発第四三号・農林事務次官片柳真吉あて法制意見長官佐藤達夫回答(法務府・前出注(132)所収二〇〇頁〔国有財産たる

普通財産を宗教団体に売り払うことについて）、昭和二十四年一月二一日法務府法意一発第六四号・厚生省児童局長小島徳雄あて法制意見第一局長岡咲恕一回答（法務府・前出注（132）所収三三三頁〔地方公共団体が宗教団体等から任意に提供された財産を受け入れることについて〕、昭和二五年三月一日法務府法意一発第二八号・広島県福山地方事務所長内田平八郎あて法制意見第一局長岡咲恕一回答（法務府・前出注（136）所収一九六頁〔文化財維持保存のための公金支出及び公職者による文化財維持保存のための寄付金募集の協力について〕など参照。なお関連して、田近肇「宗教団体による公立学校施設の目的外使用と政教分離原則」岡山大学法学会誌五三卷三・四号（二〇〇四年）二〇三頁参照。

- (140) なお、各説の名称等については、さしあたり野中俊彦ほか『憲法Ⅱ〔第三版〕』（有斐閣、二〇〇一年）三二三―三三六頁（中村睦男執筆）の分類を参考としつつ、適宜本稿の見地から修正しておく。

- (141) 金森徳次郎『憲法遺言』（学陽書房、一九五九年）二〇三―二〇四頁。本文所掲の箇所では、公費支出にかかる弊害のほか、公私の混同を来すことの防止をも視野に入れているかのようである。

- (142) 小嶋和司『『財政』条項をめぐる論点』ジュリスト七四号（一九五五年）一三三頁、一六―一七頁。

- (143) 小嶋・前出注（78）五一―四頁。

- (144) 小嶋和司・大石眞『憲法概観〔第六版〕』（有斐閣、二〇〇一年）二四―一頁。

- (145) 大石・前出注（111）二七―五頁。

- (146) 小嶋・前出注（78）五一―二頁。

- (147) 阪本昌成『憲法理論Ⅰ〔補訂第三版〕』（成文堂、二〇〇〇年）三二〇、三〇〇頁。なお清宮・前出注（6）二六五頁は、本条につき、財政処理の民主化のため、公金その他公の財産の使用について特別の制限を設けたものと位置付け、樋口陽一『憲法〔改訂版〕』（創文社、一九九八年）三五二頁、同『憲法Ⅰ』（青林書院、一九九八年）三四六頁は、本条が国会

の決定自体を制約する基準を示すものと解している。

(148) 大石・前出注(3) 九三頁。

(149) 以上に掲げた学説のほか、公費濫用防止説的立場をとるものとして、杉村章三郎「財政制度」国家学会編『新憲法の研究』(有斐閣、一九四七年)所収三〇〇頁、三〇八頁、笹川・前出注(20)「公金支出の制限」二七三頁、同「憲法第八十九条の来歴再考」、青柳・前出注(88)一一二、一二四頁、阪本昌成『憲法1 国制クラシック』(有信堂、二〇〇〇年)二五三頁など参照。芦部・前出注(1)三三四―三三五頁は、本条の趣旨を、公金その他公の財産は国民の負担に密接に関わるから、それが適正に管理され、民主的にコントロールされることが必要であることに見い出す。

(150) 法学協会編・前出注(88)一三三三頁。山内一夫「私立学校に対する助成をめぐる問題」成田頼明編『ジュリスト増刊・行政法の争点』(有斐閣、一九八〇年)所収三一〇頁、三一頁、伊藤正己『憲法(第三版)』(弘文堂、一九九五年)四八七頁、甲斐素直「憲法八九条後半における『公の支配』の意義」法学紀要(日本大学)(一九九四年)二九一頁、二九七頁、北場・前出注(23)一四四頁なども、この点を指摘する。

(151) 金森・前出注(141)二〇四頁。

(152) 宮沢・前出注(134)七四六―七四七頁。

(153) 宮沢俊義『憲法(改訂五版)』(有斐閣、一九七三年)三五二頁。

(154) 清宮・前出注(6)二六五頁、伊藤・前出注(150)四八七頁など参照。

(155) 佐藤幸治『憲法(第三版)』(青林書院、一九九五年)一八二―一八三頁、佐藤功『ポケット注解全書憲法(下)』(新版)『(有斐閣、一九八四年)一一六一―一二二頁、同『日本国憲法概説へ全訂第5版』(学陽書房、一九九六年)五二五―五二六頁など参照。樋口・前出注(147)『憲法I』三四八―三四九頁は、本条の趣旨を財政民主主義の見地及び自主活動

の原則を採ったものと解する（なお樋口・前出注（147）『憲法〔改訂版〕』三五三―三五四頁参照）。

（156）小嶋・前出注（78）五一四―五一五頁注（1）。

（157）法学協会編・前出注（88）一三三―一三三三頁。

（158）高橋和之「公金支出制限の趣旨と『公の支配』の意味」杉原泰雄先生古稀記念論文集刊行会編『二世紀の立憲主義』（勁草書房、二〇〇〇年）所収四七三頁、四七八頁。

（159）尾吹・前出注（7）二二二頁。

（160）山内・前出注（150）三一―一頁。

（161）渋谷秀樹『日本国憲法の論じ方』（有斐閣、二〇〇二年）三六九―三七〇頁は、本条の立法趣旨につき、キリスト教が普及している国に比べ、わが国では本条所掲の事業は宗教色が濃いとはいえないことから、「『政府』と『宗教』の分離の原則をより一般化した、『政府』と『信条に基づく事業』の分離の原則」を読み取る。

（162）高橋・前出注（158）四七九―四八〇頁。なお高辻正己『憲法講説〔全訂第二版〕』（良書普及会、一九八〇年）二四〇頁参照。

（163）例えば、高橋・前出注（158）のほか、櫻井敬子「私学助成関係法」季刊教育法一一〇号（一九九七年）四八頁、五二―五三頁、鈴木・前出注（12）二〇頁など参照。福井・前出注（12）二九頁もこの理解に立つ。が、同論文は、「占領軍による日本国憲法制定過程における最大関心事が、戦前の超国家主義の排除及び国家神道の影響力解消であったことに鑑みれば、また米国憲法解釈上の重大争点で宗教学校への助成であったことに鑑みれば：憲法制定過程における占領軍の意図がC説〔同論文では「中立性確保説」とされるが、内容は本稿にいう「政教分離補完」説をさす〕であったことも疑いない（三〇頁）、という。けれども、Ⅱでみたように、こう断言するためには、本条の起草過程に関するより厳密な史料分

析等がなされなければならない。

(164) 樋口・前出注(147)『憲法I』三五〇頁、同・前出注(147)『憲法〔改訂版〕』三五四―三五五頁。樋口教授は、ここで本文引用のような認識を述べた上、本条前段と後段とで厳格度を異にして解したとしても、その「矛盾は表見的なもの」であるということは相対的に容易であろう、という。

(165) 小嶋Ⅱ大石・前出注(144)二四一頁。

(166) 小嶋・前出注(78)五一四頁。

(167) 佐藤(幸)・前出注(155)『憲法〔第三版〕』一八四頁。なお小嶋説により近い立場にたつものとして、阪本・前出注(149)二五三頁参照。

(168) 笹川・前出注(20)「公金支出の制限」二七三頁。

(169) 笹川・前出注(20)「憲法第八十九条の来歴再考」七四―七六頁。なお北場・前出注(23)二九四頁は、「公的資金が公的な目的にきちんと使用されているか否かを監督する」ことを「公の支配」と解している。

(170) 法学協会編・前出注(88)一三三五―一三三六頁。

(171) 宮沢・前出注(134)七四二頁。

(172) 高橋・前出注(158)四八七頁注(14)参照。

(173) 宮沢・前出注(134)七四三、七四九頁。なお佐藤(功)・前出注(155)『憲法(下)』一二六七頁、清宮・前出注(6)二六六頁、伊藤・前出注(150)四八九頁など参照。初宿正典『憲法2基本権〔第2版〕』(成文堂、二〇〇一年)二二〇頁は、宗教団体の設置する私立学校への助成の可否を論じる文脈で、「厳格」説を採る。

(174) 渋谷・前出注(161)三七一―三七二頁。

- (175) 中村睦男「私学助成の合憲性」芦部信喜先生還暦記念『憲法訴訟と人権の理論』（有斐閣、一九八五年）所収四二三頁、四五〇頁。なお財政民主主義の原則については、助成が憲法二六条に根拠づけられることから、助成が授業料軽減に結びつくよう監督することが「公の支配」の重要な内容をなすと指摘する（同論文四五〇―四五二頁）。野中ほか・前出注（140）三二五頁（中村執筆）も参照。
- (176) 山内・前出注（150）三二二頁。
- (177) 高橋・前出注（158）四八六頁（傍点原文）。なお、本条の趣旨として「中立性確保」的見地を示す『註解日本国憲法』は、すでにみたように、「公の支配」については「厳格」説的な理解を示している。
- (178) 大沢秀介「公金支出の制限」ジュリスト二一九二号（二〇〇一年）一九七頁、一九七―一九九頁参照。同論文は、私学助成の史的展開と学説の対応を整理・分析したものととして示唆に富む。なお当時の私学をめぐる財政状況等につき、宮本栄三「私学助成の憲法論」公法研究三三二号（一九七〇年）四四頁、四四―四六頁参照。
- (179) 佐々木惣一『改訂日本国憲法論』（有斐閣、一九五四年）三三三頁。
- (180) 田畑忍『日本國憲法條義』（有斐閣、一九六一年）三二五頁。
- (181) 田畑忍『憲法の変遷』に「かんする清宮教授の見解について」同志社法学六五号（一九六二年）八四頁、八七―八八頁。
- (182) 和田英夫『「公の支配」と私立大学』法律論叢三五卷四・五・六号（一九六二年）一七七頁、二〇一―二〇二頁、二〇四頁（傍点原文）。なお和田英夫「公金支出の制限」小嶋和司編『憲法の争点（新版）』（有斐閣、一九八五年）所収二四一頁、二四二―二四三頁参照。
- (183) 例えば、宮本・前出注（178）、横川博「公金の支出禁止」芦部信喜ほか編『演習憲法』（青林書院新社、一九七三年）所収五七三頁、五七五―五七六頁（ここでは、法定の学校が公の性質を持つことをも前提とされている）、小林直樹『憲法講

義(下)』(東京大学出版会、一九八一年)四〇一頁、辻村みよ子『憲法〔第2版〕』(日本評論社、二〇〇四年)五三四頁など参照。佐藤(功)・前出注(155)『憲法(下)』一一七七頁は、「公の支配」につき「厳格」説を採りつつ、私学助成を国民の「ひとしく教育を受ける権利」の保障のための国の責務の現れとみて、私学助成を合憲とする。

(184) 野上修市「私学助成の憲法理論」法律論叢六一巻四・五合併号(一九八九年)一九七頁、二三五―二四二頁。

(185) 新井隆一「日本国憲法第八十九条の理念」税法学一二〇号(一九六〇年)九頁、一五頁。

(186) 例えば、鵜飼信成『憲法』(岩波書店、一九五六年)二五三頁注(一六)、橋本公巨『日本国憲法〔改訂版〕』(有斐閣、一九八八年)五四八頁など参照。なお橋本公巨『憲法原論〔新版〕』(有斐閣、一九六六年)三六九―三七〇頁も参照。佐藤

(功)・前出注(155)『日本国憲法概説』五二六―五二七頁は、佐藤(功)・前出注(155)『憲法(下)』一一七五―一一七七頁の説明とは異なり、「公の支配」を緩く解し、私立学校振興助成法一二条のような監督でも「公の支配」の要件を満たすと解している。

(187) 松井茂記『日本国憲法〔第2版〕』(有斐閣、二〇〇二年)一八四―一八五頁。なお阪本・前出注(149)二五四―二五五頁、内野正幸『憲法解釈の論点〔第3版〕』(日本評論社、二〇〇〇年)一八三頁も参照。

(188) 佐藤(幸)・前出注(155)『憲法〔第三版〕』五〇七頁。なお木下毅「私立学校振興助成法の合憲性について」ジュリスト六〇三号(一九七六年)一四二頁、大石・前出注(111)二七八頁、大沢・前出注(178)二〇〇―二〇一頁、横山真紀「宗教系私立学校の公費助成」大学院研究年報三十一号〔法学研究科編〕(中央大学)(二〇〇二年)一三頁、吉崎暢洋「公金支出制限と政教分離」姫路法学三八号(二〇〇三年)二八〇頁参照。

(189) 伊藤・前出注(150)四八九頁、四九〇―四九一頁注(4)。

(190) 甲斐・前出注(150)三〇一―三〇六頁。

(191) 佐藤(功)・前出注(155)『憲法(下)』一一七〇—一一七一頁。ここでは、補助・助成の適正を確保するための国等による統制・監督が必要であるが、これは本条にいう「公の支配」確保のためではなく、二五条の社会福祉の向上・増進への国の責務の適正な実現として当然に要求されるものと解されている(一一七一頁)。

(192) 樋口陽一ほか『注解法律学全集4・憲法IV』(青林書院、二〇〇四年)二二二—二三三頁(浦部法穂執筆)など参照。

(193) 堀勝洋『社会保障法総論〔第二版〕』(東京大学出版会、二〇〇四年)一六八—一六九頁。

(194) 堀勝洋『社会保障法総論〔初版〕』(東京大学出版会、一九九四年)一八〇頁参照。なお堀・前出注(13)一三三頁、同「判批・大阪高判平成六年七月二〇日」季刊社会保障研究三八巻二号(二〇〇二年)一六六頁、一六九—一七一頁参照。また前出注(135)の昭和二八年二月二日法制意見参照。

(195) 例えば、江口・前出注(23)三一—三三頁など参照。

(196) 新田・前出注(21)二二五—二二六頁注(24)参照。

(197) 西村・前出注(21)四七頁。

(198) 堀・前出注(194)「判批」参照。

(199) 阪本昌成『憲法理論Ⅲ』(成文堂、一九九五年)二八三—三〇九頁、同「国家は何をなすべきか」ジュリスト一一三三号(一九九八年)四九頁、五六頁、大石眞『立憲民主制』(信山社、一九九六年)一二七頁以下、松本哲治「経済的自由権を規制する立法の合憲性審査基準」(二)、(二・完)民商法雑誌一一三巻四・五号(一九九六年)七三六頁、一一三巻六号(一九九六年)八四〇頁参照。なお土井崇弘「自由社会と伝統」(二・完)法学論叢一五〇巻二号(二〇〇一年)八五頁、九四—九五頁、九八—一〇一頁、橋本祐子「福祉国家と平等主義」同志社法学五五巻一号(二〇〇三年)九一頁、森村進「リバタリアンが福祉国家を批判する理由」塩野谷祐一ほか編『福祉の公共哲学』(東京大学出版会、二〇〇四年)

所収一四一頁をも参照。しばしば福祉国家批判の論理として援用されるF・A・ハイエクの理論の射程につき、嶋津格「ハイエクと社会福祉」塩野谷ほか編・前出書所収一〇一頁の分析が興味深い。

- (200) 土井真一「法の支配と司法権」佐藤幸治ほか編『憲法五十年の展望Ⅱ・自由と秩序』（有斐閣、一九九八年）所収七九頁、一一五頁。

- (201) 尾形・前出注(16)「『福祉』問題の憲法学」一一一頁、菊池・前出注(15)一四〇頁、竹中勲「社会保障と基本的人権」日本社会保障法学会編『講座社会保障法第一巻・二二世紀の社会保障法』（法律文化社、二〇〇一年）三五頁、四三頁など参照。ただし笹沼弘志「社会権保障における自立と保護」法律時報七五巻八号（二〇〇三年）五七頁も参照。

- (202) 甲斐・前出注(150)二九七頁。

- (203) 樋口・前出注(147)『憲法Ⅰ』三五〇頁。

- (204) 小嶋・前出注(78)五一四―五一五頁注(1)。

- (205) 樋口・前出注(147)『憲法Ⅰ』三五〇頁。

- (206) 江口・前出注(23)三一頁、同・前出注(62)四頁。なお北場・前出注(23)一六四頁、二九四頁参照。

- (207) 笹川・前出注(20)「憲法第八十九条の来歴再考」七六頁。

- (208) なお本条二・三項は、「関係方面」から「宗教団体」の経営している施設の中には、信条により差別待遇したり宗教上の儀式に参加することを強制したりしているものがあるから、そのようなことをしてはならないことを明らかにしたい」旨の希望があったため入念規定として置かれた、とされる（小山・前出注(28)四六九頁）。

- (209) 阪本・前出注(147)三二一―三二三頁、青柳・前出注(88)一二一―一二三頁、碓井光明『要説自治体財政・財務法（改訂版）』（一九九九年）一九一頁など参照。

- (210) 行政法制研究会・前出注(48) 一七頁。
- (211) 厚生省五十年史編集委員会編・前出注(23) 二七五―二八一頁参照。
- (212) 笹川・前出注(20) 「憲法八十九条の来歴再考」 七五頁。
- (213) 北場・前出注(23) 三〇三頁。
- (214) 社会福祉法令研究会編・前出注(9) 二二三頁。
- (215) この点につき、新田・前出注(21) 二一六―二二七頁の分析を参照。多様な主体の参入促進を図ることは、施策のあり方によつては、社会福祉法人の地位の相対的低下など、社会福祉法人の位置付けが大きく変容するかもしれない(西村・前出注(21) 四五八頁。なお新田・同書二二―二三頁の指摘を参照)。
- (216) 大石・前出注(111) 二七七頁の指摘を参照。
- (217) 塩野宏「補助金交付決定をめぐる若干の問題点」(初出一九九〇年)、同『法治主義の諸相』(有斐閣、二〇〇一年) 所収一七五頁、一九四頁。
- (218) 「社会福祉施設等施設整備費及び社会福祉施設等設備整備費の国庫負担(補助)について」平三・一一・二五社第四〇九号参照。
- (219) さしあたり、塩野宏「資金交付行政の法律問題」(初出一九六四年)、同『行政過程とその統制』(有斐閣、一九八九年) 所収三五頁、碓井光明「補助金」雄川一郎ほか編『現代行政法体系第一〇巻』(有斐閣、一九八四年) 所収二三五頁、二三〇―二三七頁など参照。
- (220) 青柳・前出注(88) 一二五頁。なお同所では、続けて『勧告』が当該団体の『自発的』対応を間接的にあるいは事実上強制するならば、当該助成の範囲を越えて予算について変更を勧告することは行き過ぎである」、という。

- (221) 笹川・前出注(20)「憲法第八十九条の来歴再考」七六頁。
- (222) 江口・前出注(62)五頁参照。なお新田・前出注(21)一二六頁注(25)、倉田・前出注(62)『これからの社会福祉と法』一三二頁参照。
- (223) 八代・前出注(69)『規制改革』一六七頁。
- (224) 一般に、社会福祉施設整備にかかる経費が巨額であることが指摘される。例えば、平成八年度に事業完了した特別養護老人ホーム(五〇人定員)のうち国庫補助事業で整備された五施設の平均値として、総事業費一〇億六、八〇〇万円との数値が示されている(厚生省社会・援護局企画課監修・前出注(61)一九六頁)。今後事業主体間の競争が期待されるなかで、これら巨額の初期投資の確実かつ堅実な回収を図ることが容易であるのか、専門外の私は明らかにしない。
- (225) 旗手俊彦「市民のリベラリズムと現代日本の市民社会」今井弘道編『新・市民社会論』(風行社、二〇〇一年)所収二三九頁。
- (226) Charles Taylor, "Invoking Civil Society", in his *Philosophical Arguments* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1997 [paperback ed.]), at 204.
- (227) 例えば、毛利透「国家意思形成の諸像と憲法理論」樋口陽一編『講座・憲法学第一卷 憲法と憲法学』(日本評論社、一九九五年)所収四三頁、五八頁以下など参照。
- (228) Michael J. Sandel, *Democracy's Discontent: America In search of a Public Philosophy* (Cambridge, Mass.: The Belknap Press of Harvard University Press, 1996).
- (229) *Id.* at 348.
- (230) Michael Walzer, "The Civil Society Argument", in C. Mouffe, ed., *Dimensions of Radical Democracy* (London and New York:

Verso, 1992), at 89, 97-102.

- (231) Michael Walzer, "Socializing the Welfare State", in A. Gutman, ed., *Democracy and the Welfare State* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1988), 13-26. なお尾形健『福祉』問題の『憲法理論』(二・完) 法学論叢一四九卷四号(二〇〇一年)七五頁、七八―七九頁参照。

- (232) この点で、「卓越」の倫理に立脚した「ポジティブな社会保障」を提唱する、塩野谷・前出注(17)三七三―三七六頁参照。また小林正弥「福祉公共哲学をめぐる方法論的対立」塩野谷ほか編・前出注(199)二八一頁、三〇一頁も参照。家族介護をめぐる論点と関連して、駒村圭吾「寛容の論法」今村編・前出注(225)所収三一九頁、三五二頁の指摘が興味深い。なお憲法理論における共同体論の含意につき、小泉良幸『リベラルな共同体』(勁草書房、二〇〇二年)参照。

- (233) 横田耕一・高見勝利編『ブリッジブック憲法』(信山社、二〇〇二年)四〇頁(渡辺康行執筆)。

- (234) 倉田聡「社会連帯の在処とその規範的意義」民商法雑誌一二七巻四〇五号(二〇〇三年)六二二頁、六二二―六二三頁。

- (235) 加藤智章『医療保険と年金保険』(北海道大学図書刊行会、一九九五年)五頁、二二―二三頁注(5)。

- (236) 倉田・前出注(62)『これからの社会福祉と法』一三五―一三九頁、倉田・前出注(234)六三八―六三九頁。なお参照、

倉田聡「社会保険財政の法理論」法学研究(北海学園大学)三五巻一号(一九九九年)一七頁、三〇頁以下。

- (237) 西村・前出注(21)一七頁。なお植村尚史『社会保障を問い直す』(中央法規出版、二〇〇三年)一三一―一五頁における「社会連帯」理解が興味深い。

- (238) さしあたり、斉藤純一「社会的連帯の理由をめぐって」同編『福祉国家／社会的連帯の理由』(ミネルヴァ書房、二〇〇四年)所収二七一頁、遠藤美奈『健康で文化的な最低限度の生活』の複眼的理解」同書所収一五五頁、一七七―一七八頁参照。個人の自律のないし主体的生のための条件整備として社会保障制度を捉える本稿の見地からも、なお強制的契機

を含む社会連帯の根拠ないし意義が問われよう（中山茂樹「共に生きるということ」山崎喜代子編『生命の倫理』（九州大学出版会、二〇〇四年）所収一三九頁、一五六―一五七頁。なお竹中勲「憲法学とパターンリズム・自己加害阻止原理」佐藤幸治先生還暦記念『現代立憲主義と司法権』（青林書院、一九九八年）所収一六七頁、二〇〇頁の指摘も参照）。が、本稿では扱うことができず、他日に期せざるをえない。

(239) Michael Walzer, "Rescuing Civil Society", *Dissent* vol. 46 (winter 1999), at 63-66.

(240) Walzer, *supra* note 230, at 104.

(241) Walzer, *supra* note 231, at 26. なお毛利・前出注 (227) 六八―六九頁参照。

(242) Bruce Ackerman, *We the People I: Foundation* (Cambridge, Mass.: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991), at 279.; *See also* Bruce Ackerman, *We the People II: Transformation* (Cambridge, Mass.: The Belknap Press of Harvard University press, 1998), at 414.